Ansprüche des Werkbestellers

insbesondere bei zugesicherten Eigenschaften.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Kaiser Wilhelms-Universität zu Strassburg

vorgelegt von

Willy Wahl
Referendar in Strassburg.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Buchdruckerei L. Schneider, Bischweiler
1914

Referent: Professor Dr. von Tuhr.

Meinen Eltern.

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung: Begriff des Werkvertrags.

B. Hauptteil:

I. Die Mängel beim Werkvertrag überhaupt.

II. Begriff des Anspruchs.

III. Begriff der zugesicherten Eigenschaften:

1.) Geschichtliches;
2.) Die Zusicherung von Eigenschaften im geltenden Recht;
3.) Begriff der „Zusicherung";
4.) Begriff der „Eigenschaft";
5.) Unterschied zum Kauf;
6.) Anhang: Beispiele aus der Praxis.

IV. Die Ansprüche des Werkbestellers:

1.) Die besonderen aus §§ 633 ff. BGB.:
a) ihre Rechtfertigung;
b) im Einzelnen:
α. der Beseitigungsanspruch;
β. der Wandelungs- und Minderungsanspruch aus § 634:
α α. Voraussetzungen in § 634,
β β. Wandelungstheorien,
γ γ. Wahlrecht zwischen beiden Ansprüchen,
δ δ. Wandelung im Einzelnen,
ε ε. Minderung im Einzelnen.
γ. der Anspruch auf Schadenersatz.
c) Ausschluß dieser Ansprüche durch
α. Vereinbarung nach § 637;
β. vorbehaltlose Annahme nach § 640 II;
γ. Verjährung nach §§ 638, 639.

2.) Die allgemeinen Ansprüche aus §§ 320 ff. u. a.
3.) Geltendmachung der Ansprüche bei immateriellen Werken.

V. Der Werklieferungsvertrag.

C. Schluß: Prozessuales.

Anhang: Besonders geregelte Werkverträge.

A. Einleitung.

Begriff des Werkvertrags.

Der Begriff des Werkvertrags ist zwar im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht direkt definiert, sein Wesen ergibt sich aber in unzweifelhafter Weise aus dem Wortlaut der §§ 631 und 651 BGB. Darnach hat man unter dem Werkvertrag einen gegenseitigen Vertrag zu verstehen, durch den die eine Vertragspartei, der Unternehmer, sich verpflichtet, ein körperliches Werk aus einem von der andern Vertragspartei, dem Besteller, ganz oder wenigstens in der Hauptsache zu liefernden Stoff oder ein unkörperliches Werk herzustellen, und der Besteller sich verpflichtet, hierfür eine Vergütung zu entrichten. Zum Unterschied vom Dienstvertrag, von dem der Werkvertrag oft nur schwer zu unterscheiden sein wird, ist hier das Hauptgewicht auf den durch die Arbeit zu erzielenden Erfolg zu legen, während Gegenstand des Dienstvertrags die Leistung der Arbeit an sich ist. Aus § 631 BGB geht hervor, daß sowohl materielle („Herstellung oder Veränderung einer Sache") als immaterielle Werke („ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg") Gegenstand des Werkvertrags sein können. In dieser Beziehung hat sich unser Gesetz die römische locatio conductio operis zum Vorbild genommen, während z. B. im preußischen allg. Landrecht und im Code civil nur ein materieller Arbeitserfolg hierbei in Betracht kommt.[1]) Die herzustellende bezw. zu verändernde Sache kann eine bewegliche oder unbewegliche sein. Für das materielle Werk trifft BGB § 651 noch weitere Unterscheidungen. Das immaterielle Werk anderseits kann entweder an ein körperliches Substrat geknüpft sein (z. B. Transport von Menschen oder Sachen) oder in einem rein geistigen Produkt bestehen (z. B. ein wissenschaftlicher Vortrag). Zu den unkörperlichen Werken gehören auch alle Veränderungen am lebenden menschlichen Körper, da derselbe keine Sache im Sinne des Gesetzes ist.

Es bestehen für einzelne Werkverträge insofern Abweichungen von den gewöhnlichen Bestimmungen, als sie entweder durch Spezialgesetzgebung geregelt sind (so z. B. die Transportverträge der Post und Eisenbahn, das Frachtgeschäft des HGB), oder daß die Bestimmungen der §§ 631 ff. begrifflich von selbst ausgeschlossen sind.

[1]) Vgl. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, II. Bd., Amtliche Ausgabe 1896, Seite 496.

B. Hauptteil.

I. Die Mängel beim Werkvertrag überhaupt.

Was die Haftung des Unternehmers beim gewöhnlichen Werkvertrag des BGB betrifft, so ist dieselbe in den §§ 633 ff behandelt. Schon aus dem natürlichen Begriff des Werkvertrags ergibt sich, daß der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks verpflichtet ist. Diese Verpflichtung bezeichnet das BGB in § 633 I näher dahin, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem vertragsmäßigen Gebrauch aufheben oder mindern.

Daß unter diese Vorschrift dem Aufbau des BGB zufolge sowohl Mängel der Sache als auch Mängel im Recht fallen, scheint nach dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen ausgeschlossen. Der Gesetzgeber ist hier offenbar, indem er die Mängel im Recht nicht besonders erwähnt, davon ausgegangen, daß solche bei einem Werkvertrag nicht leicht vorkommen werden. Manche, z. B. Levy, halten sie überhaupt für undenkbar aus dem Grunde, weil für eine Rechtsgewähr nur da Raum sei, wo der Besteller noch kein Recht hat (z. B. beim Kauf), nicht dagegen beim reinen Werkvertrag, wo von vornherein der Besteller schon sein Recht hat und der Unternehmer ihm dasselbe nicht mehr zu verschaffen braucht.[1]) Dies mag für den reinen Werkvertrag, i. S. von Werkvertrag ohne Zutaten, stimmen, nicht aber z. B. für den Fall, daß sich der Unternehmer, wie in § 651 II, zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet und dabei diese Nebensachen, an denen Rechte Dritter bestehen, nur Zubehör und nicht wesentliche Bestandteile nach §§ 946, 947 werden. (Natürlich dürfen solche Nebensachen nicht schon nach § 932 ins Eigentum des Bestellers fallen).[2]) Eine Ausnahme macht auch der von Schollmeyer[3]) erwähnte Fall, daß der Unternehmer (nicht Besteller, wie es dort wohl versehentlich heißt) die hergestellte Sache mit dinglichen Rechten, z. B. nach den §§ 1032, 1207, belastet oder sie nach § 932 einem Dritten zu Eigentum überträgt.

Denkbar wären Mängel im Rechte in weiterem Maße noch bei der Annahme, daß der Unternehmer durch Spezifikation Eigentum an dem Stoffe erwerben könne. Gegen diese Annahme spricht aber zunächst der von Emmerich[4]) angeführte Grund, daß das dem

[1]) Julius Levy, Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag, Diss. Erlangen 1903, Seite 13.
[2]) Vgl. E. Riezler, der Werkvertrag nach BGB, Jena 1900, Seite 102. — Würden sie wesentliche Bestandteile werden, so würden Rechte Dritter an den Nebensachen nach § 949 erlöschen.
[3]) Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, 2. A. Nr. 4, 1904, S. 104.
[4]) H. Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag, Diss. Jena 1899, S. 7.

Unternehmer gemäß § 647 zustehende Pfandrecht dann keinen Sinn hätte, wenn er das Eigentum an der hergestellten Sache besäße. Außerdem führt Riezler[5]) gegen diese Annahme an, daß es einmal die Billigkeit erheische, beim etwaigen Rücktrittsrecht des Bestellers gemäß §§ 636, 327, 346 ff. sein Eigentum am Stoffe auch bei Spezifizierung desselben weiter anzuerkennen, ferner das praktische Bedürfnis, bei Konkurs des Unternehmers ein Aussonderungsrecht des Bestellers anzunehmen. Auch das Schweigen des Gesetzes spreche gegen obige Annahme, da nur in BGB § 651 der Unternehmer ausdrücklich angewiesen wird, „das Eigentum an der Sache zu verschaffen", nicht auch beim reinen Werkvertrag.

Es fragt sich nun, wie diese ausnahmsweise vorkommenden Mängel im Rechte beim Werkvertrag zu behandeln sind. Die herrschende Lehre, vor allem Staudinger[6]), Planck[7]), Cosack[8]) wollen hier die Kaufregeln über Mängel im Rechte anwenden. Schollmeyer[9]) will den Unternehmer nach § 823 haften lassen, da er offenbar nur solche Fälle wie den von ihm angeführten oben erwähnten für denkbar hält. Oertmann[10]) dagegen ist für eine sinngemäße Anwendung der §§ 633 ff, „da alsdann das Werk im Grunde ebensowenig wie bei tatsächlichen Mängeln vertragsmäßig hergestellt und geliefert ist". Wenn demgegenüber Cappenberg[11]) auf den Kauf hinweist, wo dieselben Gründe zutreffen würden, und wo trotzdem eine selbständige Regelung der Gewährspflicht für Rechtsmängel stattfand, so ist dies noch kein Beweis dafür, daß deshalb die Kaufregeln angewandt werden müßten. Es sind vielmehr m. E., wenn keine besonderen Gründe zu Gunsten einer der beiden in Betracht kommenden Bestimmungen sprechen, die §§ 633 ff. nach dem allgemeinen Gesichtspunkte vorzuziehen, weil bei analoger Anwendung doch immerhin die Bestimmungen desselben Vertrags als die näherliegenden den andern vorgehen. Wenn der Gesetzgeber die Kaufregeln angewendet wissen wollte, so müßte er doch wohl in Anbetracht dessen, daß er die sachlichen Mängel erheblich anders wie beim Kauf behandelt, ausdrücklich jene Bestimmungen auf die rechtlichen Mängel beim Werkvertrag beziehen.

Was die sachlichen Mängel betrifft, so erwähnt das Gesetz das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften sowie das Vorhandensein von Fehlern, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern. Der Begriff der zugesicherten Eigenschaften wird weiter unten erläutert werden. Unter dem „gewöhnlichen Gebrauch" ist ein solcher zu verstehen, der im allgemeinen, ohne Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Bestellers, mit einer Sache gerade dieser Art gemeinhin gemacht zu werden pflegt. Entscheidend ist hierfür die Verkehrs-

---

[5]) a. a. O., Seite 28.
[6]) Staudinger, Komm. z. BGB § 633 Ziff. 1.
[7]) Planck Dr. G., BGB 2. Bd. Schuldverhältnisse, 3. A. 1907, No. 633 Z. 2.
[8]) Cosack C., Lehrb. d. bürg. Rechts 1. Bd. 4. A. 1903, Seite 539 b.
[9]) a. a. O., Seite 104.
[10]) Oertmann Dr. Paul, Recht der Schuldverh., 2. A. 1906, No. 633 Z. Ia.
[11]) Cappenberg A., Gewährleistungspflicht . . ., Diss. Leipzig 1903, S. 10 A. 4.

anschauung mit Rücksicht auf die örtliche und sonstige Lebensauffassung.[12]) Vertragsmäßig vorausgesetzt ist ein Gebrauch dann, wenn er auf Grund einer Willensübereinstimmung beider Teile vorausgesetzt wird, also vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend zum Vertragsgegenstand erhoben und vom Unternehmer als solcher ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt wurde.

Zu den Mängeln des Werkvertrags kann man schließlich auch die nicht rechtzeitige Herstellung des Werks zählen. Hierauf wird aber in dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden, und zwar schon aus dem Grunde nicht, weil es sich hierbei nicht um einen „Anspruch" handelt.

II. Begriff des Anspruchs.

Unter einem Anspruch versteht das Gesetz nach § 194 I das „Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen", oder wie es an anderer Stelle (§ 241) heißt, von einem andern „eine Leistung zu fordern". Jeder Anspruch stellt ein Schuldverhältnis dar. Und zwar ist der Anspruch das Schuldverhältnis, betrachtet von der Seite des Berechtigten aus, während vom Verpflichteten aus betrachtet, diesem Begriff der der „Verbindlichkeit" und der „Verpflichtung" entspricht. Aus der Definition des Gesetzes ergibt sich nicht, daß der Anspruchsbegriff beschränkt ist auf Rechte auf ein alsbaldiges Tun oder Unterlassen, was in der Literatur vielfach angenommen wird.[1]) Man wird deshalb mit Hellwig[2]), Langheineken[3]) u. a. unterscheiden können zwischen Anspruch schlechthin und fälligem Anspruch und unter dem nichtfälligen Anspruch einen gegenwärtigen Anspruch auf eine künftige Leistung verstehen. Daraus ergibt sich dann auch die Existenzberechtigung bedingter und betagter Ansprüche. Nach einer andern Unterscheidung gibt es dingliche und persönliche Ansprüche. Ein dinglicher Anspruch ist immer auf ein Verhalten des Verpflichteten in Bezug auf eine Sache gerichtet, auf Verwirklichung des dem betreffenden dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes, während die persönlichen Ansprüche auf irgend welche sonstigen Leistungen gehen.

Der Anspruchsbegriff ist scharf zu trennen von der „Befugnis" oder dem „Kannrecht", nach Zitelmann auch „Recht des rechtlichen Könnens" genannt. Darunter ist nämlich ein Recht zu verstehen, nach dem der Berechtigte die Macht hat, „durch seinen Willensakt eine von jedermann anzuerkennende Rechtswirkung zu begründen".[4]) Zu dieser Art von Rechten gehört z. B. das Rücktritts-, Anfertigungs-, Aufrechnungs-, Widerrufs- oder Kündigungsrecht. Diese Rechte unterscheiden sich von den An-

[12]) vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 70, Seite 85.

[1]) vgl. Crome I, § 35 S. 180 a. E.; Enneccerus I § 124 S. 310 a. A., § 124 I S. 311 a. E.; Neumann I § 198 No. 1 S. 187; Sprenger im Archiv f. civ. Praxis 92 S. 432, 433.

[2]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Seite 39.

[3]) Dr. P. Langheineken, Anspruch und Einrede, 1903, Seite 21.

[4]) vgl. Hellwig, a. a. O., Seite 2.

sprüchen vor allem dadurch, daß sie nicht verjähren. Aus diesem Grunde hat auch der Gesetzgeber, wie noch weiter unten auszuführen sein wird, das Wandelungs- und Minderungsrecht als Ansprüche konstruiert, um die Grundsätze der Verjährung anwenden zu können.

Eine eingehendere Behandlung des Anspruchsbegriffs dürfte sich wohl im Rahmen vorliegender Arbeit als zuweitführend erübrigen.

III. Begriff der zugesicherten Eigenschaften.

1) Geschichtliches.

Der Begriff der zugesicherten Eigenschaften, der sich im Bürgerlichen Gesetzbuch außer beim Werkvertrag noch bei den Bestimmungen über Kauf- und Mietvertrag vorfindet, ist genau das, was die Römer in der Lehre vom Kaufe unter den dicta et promissa verstanden. Dieser Vergleich mit dem vom Werkvertrag sonst ganz verschiedenen Kaufrecht ist deshalb hier berechtigt, weil die Mängelansprüche beim Werkvertrag geschichtlich im Kaufrecht des römischen Rechts wurzeln, nämlich in den durch die curulischen Aedilen geschaffenen beiden Klagen, der actio redhibitoria und der actio quanti minoris, während wir diese beiden Rechtsschutzmittel beim römischen Werkvertrag, der locatio conductio operis, die auch nach der Rezeption noch als Miete mit dem Kaufe nichts gemein hatte, nicht finden.

Die Zusicherung von Eigenschaften gab es zweifellos schon, solange es einen Kauf gab im römischen Recht. Bekannt ist der Zwölf-Tafel-Satz: Cum nexum faciet mancipiumque, uti linqua nuncupassit, ita ius esto. Jedoch darf man hierin nicht bereits eine Haftung für Zusagen jedweder Art erblicken, was besonders Bechmann[1]) im Gegensatz zu früheren Ansichten bewiesen hat. Zusicherungen konnten vielmehr nur mittels der beiden aus der mancipatio entspringenden Klagen, der actio auctoritatis und de agri modo, und nur innerhalb deren Rahmen geltend gemacht werden. Soweit die Zusicherungen nicht die Abwesenheit von Praedialservituten und den räumlichen Umfang eines Grundstücks betrafen, waren sie bei der mancipatio unerheblich. Solche andern Zusicherungen besonders von physischen Eigenschaften der Kaufsache mußten besonders stipuliert werden und waren dann mit der actio ex stipulatu klagbar. Solche Stipulationen waren besonders häufig beim Verkauf von Sklaven und Tieren. Was nicht in den formalen Kontrakt als Gegenstand des Versprechens aufgenommen wurde, dafür brauchte der Verkäufer auch nicht einzustehen. Später erlangte dann der Begriff dicta et promissa seine typische Bedeutung. Unter dem „dicere“ verstand man eine einseitige formlose Erklärung des Verkäufers über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von physischen Eigenschaften der Kaufsache oder ihre tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse. Unter den „promissa“

[1]) Bechmann, Kauf im gem. Recht, Bd. I, Seite 239 ff., 392.

hingegen waren die ausdrücklich und ernstlich garantierten Eigenschaften der Sache zum Unterschied von den bei den Vertragsverhandlungen blos beiläufig hervorgehobenen Sacheigenschaften, den dicta, gemeint. Eine Definition beider Begriffe hat Ulpian gegeben: „Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur, promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum".[2]) Der Unterschied wurde vor allem von den kurulischen Aedilen betont, die bei Sklaven- und Viehkäufen den Verkäufer für beides, sowohl für promissa wie für dicta, haften ließen.[3]) Ja sogar die vor den eigentlichen Vertragsverhandlungen gemachten Aeußerungen über die Kaufsache wurden von den dicta mitumfaßt.[4]) Dagegen kamen als dicta nicht in Betracht die allgemeinen Anpreisungen der Kaufsache ohne animus obligandi, die Reklame, die schon Ulpian erwähnt: quae ad nudam laudem servi pertinent.[5]) Die Grundsätze des aedilizischen Edikts über Zusicherungen wurden dann später auf andere Sachen ausgedehnt.[6]) Da die Rechtsfolgen der dicta und promissa die gleichen wurden, so ist späterhin der Unterschied zwischen beiden Begriffen nicht mehr zu Tage getreten, was sich auch äußerlich darin zeigte, daß man beide Begriffe oft verschmolz zu dem Worte „dictapromissa".

Mangels entsprechender Vorschriften über Zusicherungen im deutschen Recht wurden dann die Bestimmungen des aedilizischen Edikts in Deutschland unverändert angenommen. In den neueren Partikularrechten ist dann nur von einer Art der Zusicherung die Rede, die dem römisch-rechtlichen promissum entspricht, so im Codex Maximilianeus Bavaricus von 1756[7]) und BGB für Sachsen von 1863 § 893, sowie im preußischen allgemeinen Landrecht.[8]) Dem französischen Recht[9]) und badischen Landrecht[10]) ist der Begriff der zugesicherten Eigenschaften überhaupt fremd. Es kommen hier die allgemeinen Grundsätze über Erfüllung von Verträgen zur Anwendung. Das neue „Schweizerische Zivilgesetzbuch" von 1907 verweist in dieser Beziehung auf das „Bundesgesetz über das Obligationenrecht" von 1881[11]), das in art. 243 den Verkäufer ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Käufers von dem Mangel für die zugesicherten Eigenschaften haften läßt.

2) Die Zusicherung von Eigenschaften im geltenden Recht.

Bei der Modifikation des heutigen Bürgerlichen Rechts hatte man im ersten Entwurf zum BGB den Begriff wie die Gewährleistungspflicht überhaupt in die allgemeinen Bestimmungen der Schuldverhältnisse übernommen, und zwar mit der Begründung,

[2]) Corpus juris: l. 18 D. 21, 1.
[3]) vgl. l. 1 § 2 D. 21, 1; l 38 pr. D. 21, 1.
[4]) vgl. l. 1 § 9 D. 21, 1.
[5]) vgl. Ulpianus libro 2 ad edictum aed. cur.; l. 19 pr. D. 21, 1.
[6]) vgl. l. 1 pr., l. 48 § 6, l. 49, l. 63 D. 21, 1; l. 4 C. 4, 58.
[7]) 4. T. 3. cap. § 23.
[8]) preuß. allg. Landrecht I §§ 192 ff., 197.
[9]) Code civil art. 1135, 1603 ff., 1146 ff., 1641 ff.
[10]) bad. Landrecht art. 1641.
[11]) Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 1907, art. 62 E. G.

daß beide Institute „die Verpflichtung zur Gewährleistung des veräußerten Rechts und diejenige zur Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache, in den Quellen des römischen Rechts sich zwar hauptsächlich in Beziehung auf den Kaufvertrag entwickelt, jedoch schon im gemeinen und modernen Rechte allgemeine Bedeutung erlangt hätten, nämlich prinzipiell für alle lästigen Veräußerungsverträge".[1]) Die Kommission für die 2. Lesung beschloß indes ohne Debatte, die Gewährleistung wegen Mängel „zunächst für den Kauf zu regeln und dann zu prüfen, ob und inwieweit die für den Kauf gegebenen Rechtssätze auf andere entgeltliche Veräußerungsverträge auszudehnen seien." Man war hierbei der Ansicht, daß „die Anschaulichkeit, die Verständlichkeit und die praktische Handhabung des Gesetzes gewinnen werde, wenn man die Rechtssätze vorerst auf den Kauf beschränkte, auf dessen Gebiete die Hauptanwendungsfälle liegen."[2]) Im heutigen Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich der Begriff der „zugesicherten Eigenschaften" beim Kauf, der Miete und dem Werkvertrag. Bei der Aufnahme des Begriffs hat unser Gesetz die römisch-rechtliche Unterscheidung zwischen blos angegebenen, dicta, und versprochenen, promissa, Eigenschaften trotz eines entsprechenden Antrags nicht aufrecht erhalten und zwar, weil sie im praktischen Leben nicht durchführbar sei und es dem Grundsatz von Treu und Glaube entspreche, daß derjenige, der eine Zusicherung erteile, auch uneingeschränkt dafür einstehen müsse und im Zweifelfalle die weitergehende Haftung des Versprechenden anzunehmen sei. Unser Gesetz faßt, wie sich aus dieser Bemerkung in Prot. II. Les. Bd. 1 S. 688 ergibt, die Zusicherung im Zweifel als qualifizierte, als Versprechen der Garantie für die betreffenden Eigenschaften, auf.

3) Begriff der „Zusicherung."

Von „zugesicherten Eigenschaften" spricht das Gesetz, wie oben erwähnt, beim Kauf, der Miete und dem Werkvertrag, BGB §§ 459 II, 480 II, 537 II, 633 I, und zwar jedesmal in Verbindung mit „Fehlern, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern" (bei der Miete nur den vertragsmäßigen Gebrauch). Hieraus ersieht man, daß die beiden Begriffe nicht dasselbe bedeuten. Der Unterschied ist wohl nicht der rein äußerliche, daß es sich bei Fehlern um etwas Positives, eben das Vorhandensein derselben handelt, dagegen bei zugesicherten Eigenschaften um etwas Negatives, das Nichtvorhandensein. Es kann vielmehr die Zusicherung bei letzteren sowohl positiv als negativ sein; d. h. es kann sowohl das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft als die Abwesenheit eines bestimmten Mangels versprochen werden. Der Unterschied ist ein anderer, tieferer. Um zugesicherte Eigenschaften handelt es sich nicht schon dann, wenn beide Parteien eine bestimmte Eigenschaft der Sache übereinstimmend blos als vorhanden voraussetzen und dieser Voraus-

[1]) vgl. Mot. II. Seite 212.
[2]) vgl. Prot. I. Seite 653, 670.

setzung auch Ausdruck geben. In diesem Fall ist die Sache bei deren Nichtvorhandensein mit einem Fehler behaftet, der den Wert oder die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder mindert. Der Maßstab dafür, ob eine Sache mit Fehlern behaftet ist, welche ihren Wert mindern, ist eine Sache mittlerer Art und Güte, die Tauglichkeit zum gewöhnlichen oder vorausgesetzten Gebrauche; der Maßstab dagegen, ob eine Sache die zugesicherten Eigenschaften hat, ist lediglich die Vereinbarung der Vertragsschließenden. Auch schon rein etymologisch betrachtet kann man zu diesem Unterschied kommen. Wenn nämlich der Gesetzgeber in den §§ 459 ff, 537, 633 das im sonstigen Leben weniger gebräuchliche Wort „zusichern" anwendet, so muß er Grund gehabt haben, von dem gewöhnlichen und geläufigeren Wort „versichern" abzugehen. Er hat offenbar schon durch diesen Ausdruck darauf hinweisen wollen, daß etwas hinzuversichert, nämlich zu dem nach dem Vertrag gewöhnlich Vorausgesetzten, werden soll.[1]) Unter der Zusicherung im Sinne der §§ 633 ff. ist darnach ähnlich wie in §§ 459 ff. die ernstliche, vom Besteller vertragsmäßig verlangte und vom Unternehmer in vertragsmäßig bindender Weise abgegebene Behauptung einer Eigenschaft zu verstehen. Die Zusicherung muß also Bestandteil des Vertrags sein, d. h. sie muß vom Unternehmer mit dem erkennbaren Willen, dafür einstehen zu wollen, abgegeben sein. Für diesen vertragsmäßigen Charakter der Zusicherung haben sich Literatur und Rechtsprechung allgemein ausgesprochen.[2]) Anderer Ansicht ist u. a. Dernburg, der den Charakter der Zusicherung als fraglich bezeichnet und die Beschränkung der Gegner auf die Vertragsmäßigkeit der Zusicherung deshalb ablehnt, weil dann der Käufer (Besteller) auf Erfüllung dieses Vertrags, nämlich das Zugesicherte, klagen könnte, während das Gesetz nur die Gewährschaftsansprüche gibt.[3]) Er will vielmehr auch nach heutigem Recht den Verkäufer (Unternehmer) außer für promissa für dicta, für Angaben haften lassen, die er vor dem Abschluß des Vertrags, „sei es dem Käufer gegenüber, sei es öffentlich derart machte, daß der Käufer Grund hatte, auf sie zu bauen". Diese Auslegung würde jedoch in vielen Fällen zu Härten zum Nachteil des Verkäufers (Unternehmers) führen, der in gleicher Weise wie beim Vorliegen eines vertraglichen promissum haften würde, und ist daher abzulehnen.

Eine weitere Voraussetzung für die Zusicherung ist ihre Ernstlichkeit. Von einem verständigen Menschen nicht ernst zu nehmen sind vor allem die allgemeinen Anpreisungen, die den Besteller bezw. Käufer zum Abschluß des Vertrags bestimmen sollen. Ihre rechtliche Unerheblichkeit ist eigentlich selbstverständlich. Denn so wenig man sonst einem Prahlhans Glauben schenkt, umso vorsichtiger wird man noch bei der Bewertung der Ernstlichkeit

[1]) Aehnlich der Ausdruck „etwas zugeben". Man könnte allerdings den Ausdruck „zugesichert" auch (analog dem Wort „etwas zuschlagen") so erklären, daß etwas von der einen Partei der andern hinversichert wird.

[2]) vgl. RG Bd. 54 S. 223; Seuff. Arch. Bd. 59, S. 267; Staudinger § 459 IV a; Planck II. Bd. S. 363; Cosack § 128 I. 1.

[3]) Dernburg, Lehrb. Bd. II.² S. 62 ff., ebenso Oertmann A. 459, 5 a.

einer Aussage sein, die im Interesse, ein Geschäft zu machen, getan wurde. Daß vielleicht gerade der Besteller bezw. Käufer die Redensart ernst nahm, ist nicht maßgebend. Es ist vielmehr davon auszugehen, was objektiv ein vernünftiger Mensch in diesem Falle getan hätte. Es findet hierbei § 157 BGB Anwendung.[4]) Solche Anpreisungen sind auch deshalb schon sehr oft nicht zu den Zusicherungen i. S. des Gesetzes zu rechnen, weil sie zu allgemein gehalten sind und sich nicht auf bestimmte Eigenschaften beziehen. Auch im römischen Rechte waren solche leeren Reklameanpreisungen rechtlich unerheblich. Schon Ulpian sagt: Sciendum est quaedam et si dixerit praestare eum non debere, scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent.[5]) Jedoch können sehr oft auch solche allgemeinen Anpreisungen zu ernsten Vertragsabreden werden z. B. dann, wenn die vom Unternehmer allgemein geschilderten Vorzüge der Sache bezw. des Werks dem Besteller vielleicht für seine Zwecke gerade geeignet erscheinen und der Unternehmer in Kenntnis dieser Zwecke die entsprechende Offerte des Bestellers dann stillschweigend annimmt.

Ob eine Zusicherung von Eigenschaften auch stillschweigend erfolgen kann, erscheint auf den ersten Blick fraglich, ist jedoch m. E. zu verneinen. Wie oben erwähnt, ergibt sich schon aus dem Worte „Zusichern", daß zu dem Normalen in dem betreffenden Vertrag etwas Besonderes hinzukommen, hinzuversichert werden soll. Man hat daher zu unterscheiden zwischen den gewöhnlichen Eigenschaften der Sache oder des Werks, den nach dem betreffenden Vertrage von den Parteien vorausgesetzten und den besonders zugesicherten Eigenschaften. Daß man nun bestimmte Eigenschaften stillschweigend voraussetzt und sie somit stillschweigend zum Vertragsbestandteil machen kann, ist begreiflich. Wie man aber bestimmte Eigenschaften, sei es, daß man diese stillschweigend voraussetzt, sei es, daß man sie näher bezeichnet, zum Unterschied von den gewöhnlichen Eigenschaften und Bestandteilen des Vertrags derart stillschweigend zusichern will, daß man eine besondere Haftung für sie übernimmt, ohne dies irgendwie zum Ausdruck zu bringen, ist nicht ersichtlich. Oertmann[6]) erwähnt als Beispiel einer stillschweigenden Zusicherung: Wenn jemand mir eine Helgolandmarke erster Emission oder einen Hamburger Briefumschlag zum Kaufe vorlege für den Preis von 10 Mk., so liege darin auch ohne jede ausdrückliche weitere Bemerkung die Zusicherung, daß es sich um ein Original und nicht etwa um einen zu 10 Pfennig erhältlichen Neudruck handle. Jedoch auch hier ist diese Zusicherung zum Ausdruck gebracht worden, nämlich durch das Verlangen eines Preises von 10 Mk., wenn man nicht überhaupt die Eigenschaft der Originalität nur als eine unter den besonderen Umständen des Vertrags (den hohen Preis) vorausgesetzte Eigenschaft betrachten will. Auch das andere Beispiel Oertmanns, daß im Verkauf einer gestempelten Marke ohne weiteres eine Garantie für

[4]) vgl. Oertmann § 459, 5 a.
[5]) vgl. oben Seite 12 und l. 19 pr. D. de. aedil. ed. 21, 1.
[6]) Oertmann, § 459, 5 a.

die Echtheit des Stempels liege, ist nicht stichhaltig. Abgesehen davon, daß sich der Betreffende, der eine Marke mit unechtem Stempel verkauft, u. U. einer arglistigen Täuschung bezw. eines Betrugs schuldig macht, ist in der Echtheit des Stempels einer Marke nur eine ganz normale, gewöhnliche Eigenschaft und noch keine besonders garantierte Eigenschaft der gestempelten Marke zu erblicken. Auch die Beispiele Schloßmanns[7]), die von Oertmann zum Beweise erwähnt werden, beweisen m. E. nichts anderes. Wenn Schloßmann sagt, eine stillschweigende Zusicherung werde man überall annehmen dürfen, wo nach den Umständen der Käufer das Bestehen gewisser im Verkehr als erheblich angesehenen Eigenschaften vorauszusetzen begründeten Anlaß hatte und der Verkäufer annehmen mußte, daß der Käufer von solcher Voraussetzung bei dem Geschäfte ausgehe, so handelt es sich hierbei lediglich um nach den Umständen des Vertrags vorausgesetzte Eigenschaften, keineswegs aber um eine besondere Zusicherung solcher. Daß man z. B. in einer „Weinhandlung" Traubenwein und keinen Apfel- oder Rosinenwein, bei einem „Schweinemetzger" Schweinefleisch und kein Pferdefleisch erhält, ist doch nichts Zugesichertes, sondern eine teils selbstverständliche, teils nach den Umständen des Vertrags vorausgesetzte Eigenschaft. Ebenso ist in dem von Enneccerus-Wolff[8]) angeführten Beispiel, daß beim Verkaufe einer Maschine deren Gebrauchstauglichkeit i. d. R. stillschweigend vereinbart sein wird, lediglich ein nach dem Vertrag vorausgesetzter Gebrauch als vorliegend zu erachten. Darin ist allerdings Schloßmann beizustimmen, daß die Zusicherung an eine Form nicht gebunden ist, irgendwie zum Ausdruck muß sie jedoch regelmäßig kommen. Von stillschweigender Zusicherung könnte man vielmehr höchstens u. U. in Fällen wie dem von Lenel[9]) erwähnten sprechen, daß der Erklärende erkennen läßt, daß er auf eine bestimmte Eigenschaft der Sache rechne, und der (zusichernde) Gegner dazu schweigt. Im Uebrigen wird man jedoch an dem Erfordernis der Ausdrücklichkeit der Zusicherung festhalten müssen, da man sonst schließlich jede wesentliche Eigenschaft, die nach dem Verkehr einer solchen Sache regelmäßig zukommt, wenn sie vielleicht zufällig nicht erwähnt ist, als stillschweigend zugesicherte Eigenschaft betrachten müßte.[10]) In Bezug auf die Annahme der Zusicherung durch den Besteller bezw. Käufer braucht allerdings Ausdrücklichkeit nicht vorzuliegen.

Als Zusicherung haben nur Angaben tatsächlicher Natur, keine Urteile z. B. zu gelten. Dies wird man schon aus Gründen der Rechtssicherheit und auch oft deshalb annehmen müssen, weil letztere zu unbestimmt gehalten sind.[11]) In dem Urteil liegt nur

[7]) Schloßmann, Irrtum über wes. Eigenschaften, 1903, S. 53.

[8]) Enneccerus — Kipp — M. Wolff, Lehrb. des bürg. Rechts Bd. I. 2. Abt. 4./5. Aufl. 1910 Seite 331.

[9]) Lenel, in Iher Jahrb. Bd. 44 Seite 9.

[10]) Für Ausdrücklichkeit sind Emmerich (a. a. O. Seite 61), Levy (a. a. O. Seite 15); den Begriff der stillschweigenden Zusicherung anerkennen: Oertmann, § 459, 5a; Planck, § 459, 2a, Schloßmann, Seite 53; u. a. auch das RG, das jedoch für möglichste Einschränkung des Begriffs ist, vgl. Schneider in „Recht" 1903 Seite 522.

[11]) vgl. „Recht" 1908 Seite 656 Beil.

der Ausdruck der Ueberzeugung des Betreffenden mit dem Vorbehalt der Unrichtigkeit und daher ohne Verpflichtungswillen.

Da die Zusicherung, wie oben erwähnt, Vertragsbestandteil ist, so ist, was besonders für Zusicherungen beim Kauf in Betracht kommt, bei Formvorschrift des Vertrags zur Gültigkeit der Zusicherung die gleiche Form erforderlich. Anderseits ist bei Nichtigkeit des Werk- bezw. Kaufvertrags natürlich auch Nichtigkeit der Zusicherung anzunehmen, während umgekehrt bei Nichtigkeit der Zusicherung es darauf ankommt, ob die Parteien den Werk- bezw. Kaufvertrag auch ohne die Zusicherung geschlossen hätten.

In der Theorie wie in der Praxis wird vielfach in Ausführung des Satzes, daß die Zusicherung Vertragsbestandteil sei, verlangt, die Zusicherung müsse für den Vertragsabschluß ausschlaggebend bezw. mitbestimmend sein.[12]) Dies wird wohl regelmäßig der Fall sein, kann auch sehr oft als Beweis für das Vorliegen einer verbindlichen Zusicherung gelten, ist jedoch keineswegs nötig. Es kann vielmehr auch sehr wohl Fälle geben, wo das Interesse des Bestellers bezw. Käufers an ihrem Vorliegen ganz gleichgültig ist und trotzdem eine verbindliche Zusicherung vorliegen kann.[13])

Daß die Zusicherung bei Abschluß des Vertrags erteilt wird, ist nicht erforderlich. Bei einer Mehrheit von Unternehmern bezw. Verkäufern ist nur eine von allen erteilte Zusicherung verbindlich.[14]) Ist die Zusicherung durch einen Dritten, insbesondere einen Vermittler erteilt, so haftet der Unternehmer nur im Falle der Ermächtigung und Genehmigung.[15])

4) Begriff der „Eigenschaft".

Als Gegenstand der Zusicherung im eben erwähnten Sinne bezeichnet das Gesetz „Eigenschaften" der Sache bezw. des Werks. Unter Eigenschaften einer Sache im gewöhnlichen Sinne des Worts ist alles zu verstehen, was einer Sache eigen ist, jedes Merkmal der Sache, alles, was sie charakterisiert. Zitelmann[1]) versteht darunter alles, was von einer Sache ausgesagt werden kann, also alles, was in einem Eigenschaftswort (Adjectivum, Participium, Relativsatz) zur näheren Bestimmung der Sache verwendet werden kann. Mit Recht wendet hiergegen Schloßmann[2]) ein, daß Eigenschaft einer Sache niemals etwas genannt werden kann, was einzig und allein in unserer Vorstellung besteht, sondern nur etwas, was an der Sache selbst haftet oder — mit Recht oder Unrecht — als an ihr haftend geglaubt wird. Für die praktischen Bedürfnisse unseres Rechtslebens hat das Reichsgericht in Anlehnung an das preußische allg. Landrecht[3]) eine Definition des Eigenschaftsbegriffs gegeben, die sowohl in der Praxis wie in der

---

[12]) vgl. Oertmann, a. a. O. Anm. 5.; RG Bd. 52, S. 1.
[13]) vgl. auch Eccius in Gruch. Bd. 43, S. 312.
[14]) vgl. RG in J. W. 03, Beil. 124.
[15]) vgl. RG in J. W. 04, S. 354.

[1]) Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgeschäft, 1902 S. 443 f.
[2]) a. a. O., Seite 73.
[3]) vgl. RG Bd. 21, S. 310.

Literatur allgemein anerkannt wird. Darnach gehören zu den Eigenschaften der Sache nicht nur die natürlichen, der Sache an und für sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen.[4]) Es kommen also außer den physischen oder, wie das Reichsgericht neuerdings[5]) definiert, „natürlichen, der Sache bleibend innewohnenden" Eigenschaften noch gewisse Verhältnisse in Betracht, die in ihren Beziehungen zur Sache wurzeln[3]), und zwar müssen die Beziehungen unmittelbar von der Sache ausgehen. Aus letzterem Grunde ist z. B. nicht als Zusicherung einer Eigenschaft zu betrachten die Zusicherung, daß die für eine Gastwirtschaft bisher erteilte Wirtschaftskonzession auch dem neuen Käufer erteilt werden wird, da nicht das Grundstück, sondern immer nur eine bestimmte Person und die Konzession in unmittelbarer Beziehung zu einander stehen. Ebenso sind keine von der Sache unmittelbar ausgehenden Verhältnisse und daher keine Eigenschaften der Sache der Wert oder Preis einer Sache. Es sind jedoch nach der herrschenden Meinung nur solche Beziehungen zur Sache als Eigenschaften anzusehen, die nach den Anschauungen des Verkehrs gewöhnlich einen Einfluß auf den Wert der Sache ausüben. Weiter als so faßt hingegen Crome[6]) den Begriff auf. Nach ihm können diese zugesicherten Eigenschaften ganz willkürliche sein. „Sie brauchen sich nicht auf den Wert oder die Tauglichkeit zu irgend welchem Gebrauche zu beziehen[7]), überhaupt keine verkehrsüblichen Eigenschaften zu sein; sondern der Verkäufer (bezw. Unternehmer) kann Vorzüge jedweder Art garantieren, z. B. der Schönheit oder Bequemlichkeit." Dies dürfte m. E. richtiger sein, da es sehr wohl auch Eigenschaften einer Sache bezw. eines Werks gibt, die nach der Verkehrsauffassung in keiner Beziehung zum Wert derselben stehen. Auch solche Eigenschaften können zugesichert werden.

Eine ausführliche, wenn auch nicht erschöpfende Darstellung alles dessen, was zum Begriff der Eigenschaft gehören kann, gibt uns Schlossmann[8]). Er versteht darunter einmal alles, was wir an dem Dinge mit den Sinnen wahrnehmen (Farbe, Glanz, Härte, Geschmack, Geruch, Temperatur usw.), ferner das, was uns als Ergebnis gewisser Relationen eines Dinges zu andern erscheint (z. B. Größe, Gewicht, Lage, Alter, Häufigkeit, Seltenheit), ferner die Fähigkeit und Bereitschaft einer Sache, unter gewissen Bedingungen bestimmte Wirkungen hervorzurufen (z. B. magnetische, elektrische Leistungsfähigkeit, Wärmeeffekt, Explosibilität, Fahrgeschwindigkeit eines Dampfschiffs, Klang einer Glocke usw.). Ferner erblicken wir darin eine Eigenschaft der Sache, daß sie, zu andern

[4]) vgl. RG Bd. 52 S. 2, Gruch. 47 S. 104; Crome im „Recht" 1902 S. 333; Oertmann § 459 Ziff. 5b; Planck § 459 Ziff. 2a; u. a.

[5]) RG in J. W. 1908 S. 549.

[6]) Crome, Lehrb. II, S. 457; nicht dagegen in seinem Aufsatz im „Recht" 1902 S. 335, wo er sich beschränkt auf die herrschende Auffassung des Begriffs.

[7]) so auch Düringer-Hackenburg, HGB III, 1905 S. 131.

[8]) a. a. O. Seite 5 ff.

in Relation gesetzt, von diesen regelmäßig in bestimmter Weise afficiert wird (z. B. Elastizität, Wasserdichtigkeit, Durchlässigkeit, Hämmerbarkeit, Brennbarkeit). Auch der Stoff, aus dem die Sache gebildet ist, ist vielfach eine Eigenschaft derselben, ferner die Art, Ort, Zeit ihrer Entstehung, oft auch die Tatsache, daß ein Ding mit einem andern oder einer bestimmten Person einmal in Verbindung gestanden, von einer Person zu einem gewissen Zwecke gebraucht oder auch nur berührt worden ist, wobei oft religiöser Glaube und Aberglaube, Pietät, Sonderlingslaune und Sammlerinteresse eine Rolle spielen. Auch die rechtlichen Eigenschaften einer Sache sind zu erwähnen (z. B. Echtheit einer Urkunde, Belastung eines Grundstücks mit Hypotheken). Nicht wesentlich ist für den Begriff der Eigenschaft, daß sie an einer Sache irgendwo in Wirklichkeit vorkommt, ihr Vorkommen überhaupt möglich und vernünftigerweise denkbar ist.

Immer muß es sich um Zusicherung bestimmter Eigenschaften handeln. Hieran wird man sehr oft den Unterschied zu leeren Anpreisungen erkennen können. Wenn Oertmann (a. a. O.) sagt, daß auch eine allgemeine Zusicherung bindend sei, so ist dies mit Vorsicht aufzunehmen. Jedenfalls darf diese nicht so allgemein gehalten sein, daß man keine bestimmte Eigenschaft der Sache bezw. keinen bestimmten Inbegriff von solchen mehr darin erblicken kann.

Nicht nur Qualitäts- sondern auch Quantitätsverhältnisse können Gegenstand der Zusicherung sein (z. B. ein anzufertigender Zeitungsroman muß so lang sein, daß er über das Quartal hinausreicht); nur muß sich die Quantität auch wirklich als eine besondere Eigenschaft darstellen und nicht als eine bloße nähere Beschreibung.[9])

Auch das Nichtvorhandensein eines Fehlers kann Gegenstand der Zusicherung sein.[10])

5) Unterschied zum Kauf.

Ein Unterschied zwischen dem Begriff der zugesicherten Eigenschaften beim Kauf und dem beim Werkvertrag ergibt sich insofern, als bei Ersterem die Zusicherung sich sowohl auf die Zukunft, als auf die Gegenwart und Vergangenheit erstrecken kann[1]), während beim Werkvertrag seinem Wesen entsprechend, da es sich immer um ein erst herzustellendes Werk handelt, die Eigenschaft sich lediglich auf die Zukunft beziehen kann. Jedoch ist hierbei die Zusicherung, daß eine zur Zeit des Gefahrübergangs vorhandene Eigenschaft auch in der Zukunft fortdauern oder daß eine nicht vorhandene Eigenschaft in Zukunft vorhanden sein werde, sowohl beim Kauf wie beim Werkvertrag in der Regel wenigstens nicht Gegenstand eines Gewährleistungsanspruchs aus §§ 459 ff, 633 ff, sondern vielmehr nach den wesentlich davon

9) vgl. Cosack, Lehrb. Bd. I. S. 454.
10) vgl. Oertmann § 459 Ziff. 5 b; Planck, Ziff. 2 a; Mot. II. S. 335.
1) vgl. Staudinger § 459 Ziff. IV. 1, RG. Bd. 52 S. 2.

verschiedenen Regeln eines Garantievertrags zu behandeln.[2]) Der Grund dieser verschiedenen Haftung ist der, daß der Unternehmer regelmäßig bis zur Abnahme des Werks einen Einfluß auf dasselbe auszuüben imstande ist, während nach der Abnahme die Realisierung seines Versprechens — von vereinzelten Fällen abgesehen — von seinem Zutun unabhängig und von ihm aus betrachtet lediglich noch dem Zufall unterworfen ist.

Von anderen Unterschieden zum Kauf wird weiter unten in anderem Zusammenhang die Rede sein.

6) Anhang: Beispiele von zugesicherten Eigenschaften aus der Praxis.

Als Anhang zu diesen Erörterungen über die Zusicherung von Eigenschaften mögen einige Beispiele aus der Praxis unserer höchsten Gerichte dienen, die sich zwar größtenteils auf den Kaufvertrag beziehen, jedoch in ihrer großen Mehrzahl auch für den Werkvertrag gelten, soweit nicht die Natur des herzustellenden Werks bezw. des herbeizuführenden Erfolgs sie von selbst ausschließt:

Die Bezeichnung der Verhältnisse eines Geschäfts als „hochfein“ und „brillant“ enthält ein Urteil und ist als Uebertreibung erkennbar („Recht“ 1908 Nr. 3572).

Der Verkauf einer „guten und soliden Patentleiter“ enthält nicht die Zusicherung außergewöhnlicher Haltbarkeit, sondern „Patentleiter“ ist allgemeine Anpreisung (RG 34 S. 214).

Keine Zusicherung einer Eigenschaft, sondern eine allgemein übliche Anpreisung enthält die Zusicherung des Verkäufers eines Backofens: „der Ofen sei gut“, (Recht 02 Nr. 2785 S. 613); ebenso nicht, sondern eine nach dem Sinne des Vertrages vorausgesetzte Eigenschaft liegt vor bei der Bestellung eines „zur Verwendung auf seinen Feldern geeigneten Dampfpflugs“ (OLG 9 S. 2; Seuff. Arch. 65 S. 345).

Im Verkauf von „Saathafer“ liegt nicht die Zusicherung fehlerlosen, gesunden, zur Aussaat geeigneten Hafers (RG Bd. 53 Nr. 50; Schneider in „Recht“ 1903 S. 522).

Dagegen sind die Ausdrücke „keimfähige Saatlupinen“, „gutbeinige Pferde“ eine Zusicherung der betreffenden Eigenschaften (OLG 16 S. 402; Staub HGB § 377 A. 32), ebenso die Angabe, „die Pferde seien völlig gesund“ (J. W. 1902 B. S. 239).

Verkauf von Haselnußkernen „Durchschnittsqualität der Ernte von 1900“ ist Zusicherung (RG. Bd. 52 S. 352); ebenso der Verkauf von Mehl als „Brotmehl“ (RG 27 S. 19).

„Eine in ästhetischer Beziehung tadellose Durchführung der Arbeit bei Verwendung der besten Materialien“: Die Zusicherung bezieht sich nicht auf bestimmte spezifische Eigenschaften des Bauwerks, sie ist vielmehr eine allgemeine über die Art und Weise, wie der Kläger das von ihm übernommene Werk ausführen sollte (J. W. 86 S. 280 Z. 44).

Keine Angabe tatsächlicher Art, daher keine Zusicherung: die Erklärung, er habe von Dritten Mitteilungen erhalten, aus denen

2) vgl. Seuffert's Archiv Bd. 62 Nr. 5.

geschlossen werden könne, daß die zum Verkaufe gestellten Aktien demnächst von 180 auf 200 steigen werden (J. W. 99 S. 506), oder: seiner Meinung nach sei der zu verkaufende Ring aus echtem Gold (OLG 8 S. 66).

Die Eigenschaft der Echtheit einer „Sèvres-Vase“ gilt nicht als zugesichert, wenn deren Preis weit eher dem Werte einer Imitation als dem eines Originals entspricht (J. Z. 1904 S. 512; J. W. 1903 B. S. 57).

Kauf „zweier ostfriesischer Herdbuchbullen“: keine Zusicherung, daß sie zur Zucht geeignet seien. Man kann nicht allgemein aus der Festsetzung eines hohen Preises schließen, daß das Vorhandensein von Eigenschaften, die diesem Preise entsprechen, zugesichert sein sollen (Seuff. Arch. 65 S. 345).

Die „schlechte Beschaffenheit der Grubenfelder und Erze einer Bergwerksaktiengesellschaft“ ist keine Eigenschaft der Aktien dieser Gesellschaft (RG 59 S. 243).

Die Zusicherung des Verkäufers, „ein Dritter werde die zum Betriebe des verkauften Panoramas erforderlichen Bilder liefern“, ist keine Zusicherung einer Eigenschaft (Recht 1902 S. 180), ebenso nicht die Zusicherung, „daß ein Reflektant für den Laden im Kaufgrundstück da sei“; denn der Umstand, daß in — wenn auch naher — Zukunft ein Dritter eine gewisse Handlung in Bezug auf die Sache vornehmen — die Sache mieten — wird, kann nicht als eine Eigenschaft der Sache angesehen werden, jedenfalls dann nicht, wenn ein den Dritten zur Vornahme der Handlung verpflichtendes Rechtsverhältnis, in das der Käufer eintreten könnte, nicht als bestehend zugesichert ist (J. W. 1912 S. 747).

Die „Versendungsfähigkeit“ ist Eigenschaft beim Versendungskauf (J. W. 96 S. 7).

Die Zusicherung „reiner Weine“ ist zugesicherte Eigenschaft, (OLG X S. 174), ebenso die Bezeichnung eines vermieteten Ladens: „für Fleischer konkurrenzlos“ (OLG XI. S. 139).

Das „mitverkaufte Warenzeichen“ ist nicht als eine Eigenschaft des verkauften Fabrikbetriebes anzusehen (Warneyer Rspr. 1911, Nr. 72).

Die wiederholte Aeußerung des Klägers, „das Pferd sei vierjährig“, läßt einen besonderen Gewährleistungswillen nicht erkennen. (OLG 9 S. 2).

Zusicherung der „Haltbarkeit eines Fabrikats“: Seuff. Arch. Bd. 59 Nr. 221.

Angabe des „Verfertigers“ oder des „Ursprungsorts“ bei Verkauf von Kunstwerken oder Gewerbeerzeugnissen ist Zusicherung einer Eigenschaft (RG Bd. 47 S. 124; Seuff. A. 57 S. 56).

„Hausschwamm“ sowie „Schwammverdächtigkeit“ sind Eigenschaften, (RG Bd. 61 S. 175; Seuff. A. 59 S. 352; Recht 1907 Nr. 275 und 1140, 1141; J. W. 08 S. 712, 743), ebenso „Trockenfäule“ (Recht 1908, Nr. 282 und 283), ebenso das bei gewissen Umständen regelmäßige Auftreten von „Druckwasser“, welches die

Verwendbarkeit insbes. die Bebaubarkeit eines Grundstücks beeinflußt (J. W. 09 S. 48).

„Bebaubarkeit" eines Grundstücks und „Bewohnbarkeit" eines Raumes in natürlichem und rechtlichem Sinne (RG 52 S. 429; Recht 1907 Nr. 3786; J. W. 03 B. S. 8, 68, 140; Seuff. A. Bd. 63 S. 55; Recht 1907 Nr. 1805, 1908 Nr. 3244, 1906 Nr. 2215) sind Eigenschaften, ebenso „Baureife" eines Grundstücks, wenn darunter die Tatsache verstanden wird, daß der Bebauung des Grundstücks öffentlich-rechtliche oder ortsstatutarische Hindernisse nicht entgegenstehen (Warneyer 1911 S. 183/84).

Die Tatsache, daß Militärpersonen durch die Militärbehörde der Besuch einer Wirtschaft verboten ist, ist Eigenschaft (Recht 1908 Nr. 1528).

Die Erteilung der „sicherheitspolizeilichen Genehmigung bei einer patentierten Drehtür" ist z. Eigenschaft. (Gruch. 50 S. 912).

Die Bezeichnung eines Pulvers als „Geheimmittel, das nach Ortspolizeiverordnung nicht öffentlich angekündigt oder feilgeboten werden darf", ist z. Eigenschaft (J. W. 03, B. 14).

Die „Lage eines Grundstücks an einem öffentlichen Weg", „an einer alten, von Straßenbaulasten befreiten Straße" (Recht 06 Nr. 2342, 1907 Nr. 2268, 2269), die Zusicherung, „daß zu einem verkauften Grundstück ein Seestück und das Ufer- und Seerecht gehöre", sind zugesicherte Eigenschaften (Warn. Rspr. 1912 Nr. 205), ebenso das „Vorhandensein eines rechtlich gesicherten Zugangs zu einem Grundstück" (Recht 1908 S. 284).

Zugesichert ist die Eigenschaft des Grundstückes, „daß es noch in angemessener Zeit nach 1903 in geschlossener Bauweise überbaut werden könne", ferner „daß es vom 1. I. 03 ab an der zu erstellenden Bergstraße liegen werde" (OLG 12 S. 55/56).

Keine zugesicherte Eigenschaft hingegen ist die Zusicherung, „die Stadt werde das Grundstück durch Anlegung einer öffentlichen Straße der Bebauung erschließen" (RG 52 S. 432), oder die Annahme, „die Stadt werde die Kosten der Kanalisation tragen" (RG 19 S. 260), oder die Bestätigung, „daß für sämtliche Parzellen des gekauften Terrains Bauerlaubnis erteilt wird" (Warn. 1911 Nr. 172), oder „daß die bisher erteilte Wirtschaftskonzession auch dem Käufer erteilt werden würde" (Recht 1908 B. 2 Nr. 2310). Ebenso ist keine zugesicherte Eigenschaft, sondern ein Garantievertrag die Zusicherung, „daß der z. Zt. des Gefahrübergangs in Angriff genommene Umbau des verkauften Hauses den Bedürfnissen der Käufer entsprechend werde vollendet werden" (Warn. 1908/09, Nr. 201), sowie die Zusicherung der „demnächstigen Vermietung einzelner Räume des Kaufgrundstücks an eine bestimmte Person" (J. W. 1912 S. 747).

Das „Recht, die Bebauung der davor liegenden Grundstücke zu verbieten", ist, schon weil es einen besonderen Geldwert hat, dann aber auch, weil es, solange es besteht, die Brauchbarkeit des Hauses für den Eigentümer erhöht haben würde, für eine Eigenschaft des Hauses zu erachten (RG 61 S. 86/87).

Die Erklärung des Verkäufers, „ein Gebäude sei zu einer bestimmten Summe gegen Feuersgefahr versichert", steht der Zusicherung gleich, das Gebäude habe laut Anerkennung von sachverständiger Seite den Wert in der angegebenen Höhe, ist daher Zusicherung einer Eigenschaft gemäß § 459 (RG Bd. 54 S. 222).

Ein „bestimmter Mietsertrag" eines Grundstücks ist zugesicherte Eigenschaft. (Seuff. Arch. 59 Nr. 151, RG. Bd. 21 S. 308ff, Recht 1906 Nr. 632, Jur. W. 03 S. 113, 08 S. 549, 02 S. 270; vgl. auch OLG Bd. 8 S. 65/66: Unter den Begriff der Eigenschaften sind nur solche tatsächlichen Zustände zu bringen, welche in Bezug auf die Sache dauernd bestehen und ihr hierdurch bleibend eine besondere Eigenschaft verleihen; dahin gehört nicht die Höhe der Mietserträgnisse eines Hauses; die Zusicherung des Verkäufers, daß das Haus jährlich einen ziffernmäßig angegebenen Mietzins einbringe, kann nur dann als Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft aufgefaßt werden, wenn der Veräußerer damit zugleich die Fortdauer der über die Räume des Hauses bestehenden Mietverträge wird gewährleisten wollen).

In einer „Schätzung des Mietswerts" eines Hauses kann keine Zusicherung einer Eigenschaft eines Hauses gefunden werden, da der Wert einer Sache keine Eigenschaft von ihr bildet. (RG 59 S. 242; Leipz. Z. f. H.R. 1911 S. 382; Warn. Rspr. 1911, Nr. 231.)

Zugesicherte Eigenschaften sind ferner: „das Maß der in einer gemieteten Werkstatt zur Verfügung stehenden elektrischen Kraft" (Recht 08 Nr. 737), „bestimmter bisheriger Reinertrag" (RG 63 S. 57), „Jahresverbrauch an Bier in einer Wirtschaft" (Seuff. A. 58 S. 5, Recht 07 Nr. 1631), „bestimmter Jahresumsatz einer Wirtschaft oder eines sonstigen Gewerbebetriebes" (Recht 06, 681; 1907 Nr. 3287; 1909, Z. 2100; J. W. 05 S. 385, 06 S. 305), „Höhe der Betriebskosten einer Maschine" (Recht 1905, 469).

Keine zugesicherte Eigenschaft dagegen ist „die zu erwartende Rentabilität eines herzustellenden Werks (Seuff. Arch. Bd. 62 S. 268, Gruch. Bd. 51 S. 942).

Keine zugesicherte Eigenschaft überhaupt ist der „Wert einer Sache" (RG Bd. 64 S. 269, Bd. 59 S. 242; Seuff. Arch. Bd. 61 S. 433; Recht 06 Nr. 2062, J. W. 06 S. 378), daher auch nicht der „Kurs eines Wertpapieres" oder „Marktpreis" (J. Z. 09, 1266; Seuff. A. 61 S. 433) oder „Selbstkostenpreis" oder „Höhe des vom Verkäufer erzielten Gewinnes" (J. W. 09 S. 309, 1910 S. 934) oder „Einkaufspreis einer Ware" (RG 64 S. 269).

Keine zugesicherte Eigenschaft ist in diesem Sinne auch „die praktische Brauchbarkeit eines Patents" (Recht 08 Nr. 485), „die Höhe des für eine Ware zu zahlenden Zolles" (Recht 06 Nr. 282), „Höhe des Zinsfußes, Unkündbarkeit oder Kündbarkeit, Güte und Rang einer Hypothek" in Betreff des belasteten Grundstücks (J. W. 09 S. 684, 48; Gruch. 48, 341; Recht 07 Nr. 1007).

„Zahlungsfähigkeit des „Schuldners" ist ferner keine Eigenschaft der Forderung (Recht 07 Nr. 1954), Zahlungsfähigkeit des jeweiligen Mieters" keine Eigenschaft eines Grundstücks (Warn.

1912 S. 57), die „Person des Inhabers eines Patentbureaus“ keine Eigenschaft des Unternehmens (J. W. 03 B. 107).

„Zugesicherte Rechte“ (§ 437) sind nicht Eigenschaften der verkauften Sache, das Erträgnis derselben ist nicht das Erträgnis des Anwesens selbst (Warn. 1912 S. 56; vgl. die obigen Beispiele der Hypothek), daher auch nicht „das Eigentum einer Sache“ (Recht 08 Nr. 686); anderseits: Recht 08 Nr. 246, wonach „der Umstand, daß eine Sache mit einem Pfandrecht belastet ist“, als Eigenschaft derselben zu betrachten ist.

Zugesicherte Eigenschaft ist endlich „die Größe (§ 468) und Lage“ eines Grundstücks (J. W. 1911, 646); vgl. anderseits OLG 22 S. 222: Bei bebauten Grundstücken ist die vom Verkäufer angegebene Größe nicht ohne weiteres als zugesichert zu behandeln, es entscheidet vielmehr die Absicht der Parteien darüber.

IV. Die Ansprüche des Werkbestellers.

1. Die besonderen aus §§ 633 ff. BGB.

a) ihre Rechtfertigung.

Was die Folgen der eingangs erwähnten Mängel betrifft, so besteht hier ein noch viel durchgreifenderer Unterschied zwischen Kauf und Werkvertrag. Nach den Regeln vom Kauf ist der Käufer berechtigt, nach seiner Wahl entweder sofort Rückgängigmachung des Vertrags oder Herabsetzung seiner Gegenleistung oder, beim Gattungskauf, Lieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen, andererseits aber, beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft, Schadenersatz zu fordern. Dem Besteller beim Werkvertrag dieselben Rechte zuzusprechen, hat das Gesetz nicht für nötig und zweckmäßig befunden, umso weniger, da die chikanöse Ausübung dieser Rechte bei leicht zu beseitigenden Mängeln zu besorgen wäre. Außerdem würde das Recht des Bestellers auf Schadenersatz einen zu großen Umfang annehmen. Die Motive[1]) weisen insbesondere auf die Schwierigkeit hin, in den Fällen der Beschaffung eines Werks zwischen dem Mangel einer zugesicherten Eigenschaft und dem einer andern Eigenschaft zu unterscheiden, weshalb dem Besteller das Recht auf Schadenersatz aus dem zu unterstellenden Garantieversprechen aus praktischen Gründen allgemein beizulegen sein würde. Anderseits wollte der Gesetzgeber aber bei der Mängelhaftung beim Werkvertrag auch nicht einfach die Vorschriften über die Folgen der Nichterfüllung gegenseitiger Verträge (§ 320 ff.) angewendet wissen, wie dies z. B. im römischen und französischen Recht der Fall ist. Hiergegen hatte er vor allem das Bedenken, daß darnach das Rücktrittsrecht, welchem gerade bei dem Werkvertrag eine große Bedeutung zukomme, ungebührlich beschränkt würde. Man hat daher durch spezielle Vorschriften in BGB § 633 ff. einen Mittelweg eingeschlagen. Darnach hat der Besteller, sowohl beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften als bei Vorhandensein von Fehlern, die den Wert oder die Taug-

[1]) Mot. Bd. II. S. 479.

lichkeit zum gewöhnlichen oder vertragsmäßigen Gebrauch mindern oder aufheben, zunächst nur das Recht, Beseitigung des Mangels zu verlangen resp. bei Verzug den Mangel selbst zu beseitigen. Erst wenn er dem Unternehmer hierzu fruchtlos eine Frist gesetzt hat, hat er das Wandelungs- oder Minderungsrecht. Schadensersatz wegen Nichterfüllung dagegen kann er bei jeder Art von Mängeln überhaupt nur verlangen, wenn der Mangel auf einem Umstande beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat. Wenn deshalb im folgenden von dem Recht auf Beseitigung und den sonstigen Mängelansprüchen beim Werkvertrag die Rede sein wird, so kommt für vorliegende Abhandlung als gedachter Mangel speziell das Fehlen zugesicherter Eigenschaften in Frage.

b) im Einzelnen.

a. Der Beseitigungsanspruch.

Was den ersten Anspruch, das Recht, die Beseitigung des Mangels zu verlangen, betrifft, so ist dies im Vergleich zu den anderen der primäre Rechtsbehelf des Bestellers, d. h. er kommt vorläufig in erster Reihe allein für ihn in Betracht. Diesen Anspruch hat z. B. der Käufer — von §§ 157, 242 BGB abgesehen — nicht, ausgenommen beim Gattungskauf, wo er sogar Lieferung einer neuen mangelfreien Sache verlangen kann. Soweit wie im letzteren Falle geht allerdings der Anspruch des Bestellers nicht ohne weiteres, sondern dieser muß sich im allgemeinen mit dem ursprünglich verbesserten Werk begnügen.

Diese Frage ist übrigens nicht unbestritten und hängt z. B. zusammen mit der andern unten zu behandelnden Streitfrage, ob die allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung von Verträgen auch beim Werkvertrag Anwendung finden. Das Reichsgericht, welches eine erschöpfende Regelung der Mängelansprüche in den §§ 633 ff. annimmt, verneint hier jedes Recht auf Neuherstellung aus dem Grunde, weil dieses Recht nicht mit aufgeführt sei.[2]) Dagegen hält Rümelin[3]) dieses Recht auf Neuausführung des Werks deshalb für nicht durchweg ausgeschlossen, weil es, abgesehen von der etwaigen Einrede des unverhältnismäßigen Aufwands, keinen Unterschied mache, ob die Beseitigung des Mangels durch die Wiederholung der Arbeit oder auf einfachere Weise, durch Ausbesserung, erfolgen kann. Oertmann[4]) dagegen will zwar beim Untergang des Werks einen Anspruch auf Neuausführung gewähren, da Untergang (Mißlingen) des Werks und Unmöglichkeit seiner Ausführung nicht dasselbe sei, jedoch bei bloßen Mängeln denselben versagen, da andernfalls der Unternehmer das ursprüngliche, mangelhafte Werk auf dem Halse behielte, obwohl er dafür vermutlich keine Verwendung haben würde. Dieser Standpunkt ist aber wohl nicht haltbar. Die dem Gesetze in letzterem Falle nach Oertmann nicht zuzumutende Härte ist doch, da der Unternehmer

[2]) RG Bd. 57, Seite 276.
[3]) G. Rümelin, Dienst- u. Werkvertrag, Tüb. 1905, S. 77 ff.
[4]) a. a. O. § 633 Ziff. 1 h, b.

beim Ersatz wenigstens das mangelhafte Werk für sich hat, viel geringer als im Falle des Untergangs des Werks, wo er gar nichts hat. Man wird wohl, entgegen der herrschenden Lehre, der Ansicht Rümelins im Allgemeinen beistimmen und eine Verpflichtung des Unternehmers zur Beseitigung des Mangels durch Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes dann annehmen müssen, wenn durch eine bloße Ausbesserung des alten Werks dem Besteller nicht geholfen ist und die Neuausführung ohne unverhältnismäßigen Aufwand, wobei auch die Verwertung des alten mangelhaften Werks zu berücksichtigen sein wird, vorgenommen werden kann. Es sind m. a. W. Treu und Glaube sowie die Verkehrssitte gemäß §§ 157, 242 BGB von maßgebendem Einfluß. Denn die Fälle, wo die Beseitigung des Mangels wenn nicht überhaupt so doch wenigstens ohne Schaden für den Besteller nur durch Herstellung eines neuen Werks erfolgen kann, sind beim Werkvertrag vielleicht ebenso zahlreich wie die andern, wo bloße Ausbesserung genügt. Und da kann nicht angenommen werden, daß die Geltendmachung des gerade für den Werkvertrag charakteristischen und von vornherein einzig zustehenden Rechts auf Beseitigung des Mangels in all diesen Fällen für den Besteller bedeutungslos oder doch mit Nachteilen verbunden sein solle. Es kann nicht angenommen werden, daß in all den Fällen, abgesehen von denen, wo § 634 Abs. II. zutrifft, der Besteller wesentlich schlechter gestellt sein soll als der Käufer, der sofort ohne Frist ein Wandelungs- und Minderungsrecht hat, der insbesondere beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften sofort einen Schadenersatzanspruch hat.

Auf dieses Recht, die Beseitigung des Mangels zu verlangen, kann der Besteller natürlich auch verzichten, was z. B. nach § 640 Abs. II dann anzunehmen ist, wenn er trotz Kenntnis des Mangels das Werk vorbehaltlos angenommen hat. Ohne positive Kenntnis des Mangels jedoch, also auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis desselben, wird ihm durch § 640 Abs. II dieser Anspruch nicht abgeschnitten, m. a. W.: eine Pflicht zur Prüfung oder sofortigen Anzeige des Mangels liegt, sofern sie nicht besonders vereinbart wurde, dem Besteller nicht ob. Eine solche Pflicht wurde entgegen einem diesbezüglichen Antrage nicht in das Gesetzbuch aufgenommen mit der Begründung, daß der Besteller im Gegensatz zum Unternehmer im Regelfalle nicht Sachverständiger sei und sich, falls er alsbald prüfen müßte, auf fremdes Urteil zu verlassen genötigt wäre.[5])

Die Beseitigung des Mangels hat natürlich der Unternehmer auf seine Kosten zu vollziehen. Um ihn hierzu zu veranlassen, bedarf es einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung. Der Besteller kann ihn aber auch im Wege der Klage dazu anhalten. Ist der Unternehmer dann rechtskräftig verurteilt, so kommt es darauf an, ob dem Besteller durchaus an der Herstellung eines mangelfreien Werks gelegen ist oder ob er sich mit Schadenersatz begnügen will. Im ersten Falle kann er das in der Zivilprozeß-

[5]) vgl. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. II. S. 317.

ordnung vorgeschriebene Verfahren der Zwangsvollstreckung betreiben, d. h. er kann, wenn die Handlung auch ohne Schaden für ihn durch Dritte vorgenommen werden kann, nach C P O § 887 mit Genehmigung des Prozeßgerichts die Beseitigung des Mangels auf Kosten des Unternehmers — ev. unter Verurteilung zur Vorauszahlung derselben — durch andere vornehmen lassen oder, wenn die Handlung durch Dritte nicht vorgenommen werden kann und lediglich vom Willen des Unternehmers abhängt, demselben nach C P O § 888 Abs. I durch das Prozeßgericht zur Beseitigung des Mangels mittels Geldstrafe oder Haft anhalten lassen. Jedoch ist das Verfahren nach § 888 Abs. I. nicht anwendbar bei Handlungen, die eine besondere über das gewöhnliche Maß hinausgehende wissenschaftliche, künstlerische oder technische Fähigkeit erfordern[6]), wie das bei Werkverträgen oft der Fall sein wird, und zwar deshalb nicht, weil das Vorhandensein solcher außergewöhnlichen Eigenschaften und Fähigkeiten sich nicht mit der hier erforderlichen Gewißheit feststellen läßt.[7]) In diesem Falle und überhaupt dann, wenn dem Besteller nicht sehr viel an der Herstellung der mangelfreien Sache gelegen ist, ist er berechtigt, nach rechtskräftiger Verurteilung des Unternehmers und nach fruchtloser Bestimmung einer angemessenen Frist gemäß BGB § 283 Schadenersatz wegen Nichtbeseitigung des Mangels zu verlangen. Dieser Rechtsbehelf ist insofern für den Besteller von Bedeutung, als er auch noch nach Verjährung des Anspruchs auf Wandelung, Minderung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden kann. Man wird diesen Anspruch aus BGB § 283 dem Besteller zweifellos gewähren müssen, da dies nichts zu tun hat mit der Streitfrage, ob neben den speziellen Ansprüchen aus § 633 ff. auch die allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung von Verträgen subsidiäre Anwendung finden.[8])

Bei besonderem Interesse an der Beseitigung des Mangels ist jedoch dem Werkbesteller auch noch in anderer Weise geholfen. Er kann nämlich den Unternehmer in Verzug setzen und dann gemäß § 633 Abs. III. den Mangel selbst beseitigen. Da jedoch der Verzug einredefreies Forderungsrecht voraussetzt, so wird dieser Anspruch dem Besteller nicht zustehen, wenn der Unternehmer gemäß § 633 Abs. II. S. 2 wegen unverhältnismäßigen Aufwands die Beseitigung des Mangels verweigern darf. Dieses Selbstbeseitigungsrecht ist für den Werkvertrag charakteristisch und kommt sonst nur noch bei der Miete in § 538 BGB vor. Dem Käufer dagegen steht ein solches Recht nicht zu. Der Besteller kann dann den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen hierfür verlangen; hierunter sind nur die objektiv erforderlichen zu verstehen, nicht auch die unnötigerweise über das erforderliche Maß hinaus gemachten. Damit ist aber nicht gesagt, daß sie nicht etwa höher sein können, als wenn der Mangel vom Unternehmer selbst beseitigt worden wäre. Es finden auf diesen Ersatzanspruch die Vor-

[6]) Freudenthal CPO § 888 Anm. 4 a.
[7]) RG Bd. 39, Seite 422.
[8]) vgl. Goldmann-Lilienthal, BGB, 1. Bd. 2. Aufl. 1903 S. 646, Anm. 8, u. unten: S. 103 ff.

schriften des BGB §§ 256, 257 Anwendung, wonach vor allem der Unternehmer den Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen hat.

Dieser Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen ist ein vertraglicher, eben aus § 633 Abs. III. Hat jedoch der Besteller den Mangel ohne den Unternehmer in Verzug zu setzen, oder wenigstens vor Eintritt des Verzugs selbst beseitigt oder durch andere beseitigen lassen, so wird ihm ein Ersatzanspruch für die Aufwendungen, die ja eigentlich dem Unternehmer oblagen, im allgemeinen nur aus dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 677 ff. BGB zustehen. Beruht jedoch die fehlerhafte Leistung auf Verschulden des Unternehmers, so wird man mit Rümelin annehmen müssen, daß dann der Besteller, wenn zur Beseitigung durch den Unternehmer keine Zeit mehr ist oder derselbe nach berechtigter Annahme des Ersteren die Leistung doch nicht richtig zuwege bringen kann, die Beseitigung des Mangels auch selbst vornehmen oder durch einen andern vornehmen lassen darf ohne Rücksicht darauf, ob der Unternehmer im Verzug ist.[9]) Die Aufwendungen hierfür sind dann in diesem Falle ein Teil des Schadens, der dem Besteller durch das Verschulden des Gegners erwuchs, und stehen ihm also dann aus diesem Gesichtspunkt zu und nicht wie oben aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

Dieses Selbstbeseitigungsrecht gemäß § 633 Abs. III ist nicht in dem Sinne wörtlich aufzufassen, daß nur der Besteller persönlich den Mangel beseitigen darf, sondern er kann sich hierzu auch fremder Leute bedienen — muß dann aber für sie einstehen — und die Auslagen hierfür ersetzt verlangen. Ja, er darf sogar, was man aus § 256 schließen kann, seine eigene sowie fremde ihm zur Verfügung stehende unentgeltliche Arbeit in Geld veranschlagen und Ersatz dafür verlangen. Hiermit steht nur scheinbar in Widerspruch die Bemerkung Hachenburgs[10]), daß ein Recht, ohne diese Aufwendungen vorzunehmen, den Betrag derselben als Entschädigung zu fordern, nicht bestehe. Letzteres will offenbar nur heißen, wenn diese Arbeit in Wirklichkeit überhaupt nicht vorgenommen wurde, darf der Besteller den Betrag derselben nicht als Entschädigung fordern.

Auch steht dem Besteller dieses Selbstbeseitigungsrecht zu selbst ohne Wissen und gegen den Willen des Unternehmers. Es ist vielmehr nur beschränkt durch die Bestimmung in BGB § 633 Abs. II. Wenn der Unternehmer die Beseitigung des Mangels verweigert und verweigern darf, so steht auch dem Besteller dieses Recht aus § 633 Abs. III nicht zu. § 633 Abs. II bestimmt nämlich aus Gründen der Billigkeit, daß der Unternehmer berechtigt sei, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Wozu der Aufwand außer Verhältnis stehen muß, ist im Gesetz nicht gesagt. Man wird annehmen, daß die Aufwendungen unverhältnismäßig groß sein müssen im Vergleich zum „Wert (objektiv) oder der Bedeutung

[9]) Rümelin, a. a. O. Seite 186/7.
[10]) Hachenburg, a. a. O. Seite 71.

des ganzen Werks", d. h. dem Interesse des Bestellers an dem mangelfreien Werk, worin auch das Interesse des Bestellers gerade an der Beseitigung inbegriffen ist; z. B. u. U. wenn die Beseitigungskosten allein schon dem Werte gleichkämen oder denselben gar überstiegen, oder wenn etwa die Mangelfreiheit des Werks für den Besteller ohne sonderliche „Bedeutung" ist, die Kosten zur Beseitigung dagegen sehr groß. In diesem Sinne wird auch Crome's Bemerkung [11]) zu verstehen sein, sodaß sie sich deckt mit der ihm von Oertmann [12]) gegenübergestellten von einer erforderlichen „Abwägung der widerstreitenden Interessen".

Diese Unverhältnismäßigkeit wird oft, nämlich wenn es sich auf Seiten des Bestellers nicht um ein reines Vermögensinteresse handelt, nicht leicht festzustellen sein. Es wird dann bei der Entscheidung die Verkehrssitte eine große Rolle spielen.

Wenn der Unternehmer kraft dieser Einrede aus § 633 Abs. II S. 2 die Beseitigung des Mangels verweigert, so hat das etwa nicht zur Folge, daß der Besteller das Werk in seinem mangelhaften Zustand ohne weiteres hinnehmen müßte; er kann vielmehr nun die Ansprüche geltend machen, die sonst dem Besteller hier noch zustehen, insbesondere die Ansprüche aus § 634 und § 635, die im folgenden zu behandeln sein werden.

β. Der Wandelungs- und Minderungsanspruch aus § 634.

αα. Voraussetzungen in § 634.

Das Gesetz sagt in § 634 Satz 1: Der Besteller kann dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, daß er die Beseitigung nach Ablauf derselben ablehne. Der Besteller ist also nicht verpflichtet zur Fristsetzung. Die Unterlassung derselben hat nur zur Folge, daß ihm dann, mit Ausnahme des Abs. II, die Ansprüche aus §§ 634, 635 nicht zustehen, sondern er sich begnügen muß mit dem primären Recht auf Beseitigung des Mangels. Aber auch wenn er zunächst die Beseitigung des Mangels verlangt, wird er dadurch nicht ohne weiteres ausgeschlossen mit einer späteren Fristsetzung nach BGB § 634 S. 1.

Diese Fristsetzung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie wird also bei Abwesenheit des Unternehmers nach § 130 BGB wirksam in dem Moment, wo sie ihm zugeht. Mit Rücksicht auf die wichtigen Folgen, die sie nach sich zieht, muß sie unzweideutig und entgültig erteilt werden, sie darf also nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen. Andernfalls würde ja auch der ganze Zweck des Fristbestimmungsverfahrens vereitelt werden, wenn die eine Frist für die Bewirkung der Leistung bestimmende Willenserklärung selbst wieder von einer Bedingung oder Befristung abhängig gemacht werden könnte. Die Frist muß nach dem Gesetze eine angemessene sein. Der Besteller genügt seiner Pflicht,

[11]) Crome, Lehrb. § 265 Anm. 44.
[12]) Oertmann, § 633 Ziff. 2 a.

wenn er vorsichtshalber den Unternehmer auffordert, binnen „angemessener Frist“ die Herstellung zu bewirken.[1]) Bestimmt er jedoch als Frist eine bestimmte Zeit, so muß er es selbst beurteilen, ob dieselbe angemessen ist oder nicht. Diese Angemessenheit bestimmt sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, so daß die Frist in jedem einzelnen Falle eine verschiedene sein kann. Sie muß einerseits so lang sein, daß sie für den betreffenden Unternehmer genügt zur Beseitigung des Mangels; sie braucht anderseits nicht so lang bemessen zu werden, daß dadurch der Besteller in seinen Interessen benachteiligt wird. Was die Folgen betrifft, wenn die Frist eine unangemessene war, so besteht in der Literatur über diese Frage Streit. Die einen betrachten in diesem Falle die Fristbestimmung als rechtlich unwirksam; sie sagen, der Wortlaut des Gesetzes spreche vor allem für diese Auffassung. Die Voraussetzung, von der das Gesetz den Eintritt des betreffenden Nachteils abhängig macht, liege nicht vor. Ferner müsse, da die durch die Fristsetzung erfolgende Rechtsänderung oft einen Rechtsverlust für den Fristsetzenden bedeute, dieser allein darüber zu entscheiden haben, mit welchem Zeitpunkt die Rechtsänderung eintreten solle. Demnach sei bei unangemessener Frist der andere Teil nur dann binnen einer angemessenen Frist zur Leistung aufgefordert anzusehen, wenn dies durch den Fristsetzenden entweder ausdrücklich erklärt oder stillschweigend als erklärt zu betrachten sei.[2]) Andere nehmen an, daß in jedem Falle die Bestimmung insoweit wirksam sei, als die Leistung nunmehr zwar nicht binnen der bestimmten unangemessenen, aber doch binnen einer objektiv angemessenen Frist erfolgen müsse. Das Gesetz selber lasse den betreffenden Rechtsnachteil meist[3]) nur dann eintreten, wenn nicht die Leistung „rechtzeitig“ erfolge. Ferner wird hierfür geltend gemacht, daß der andere Teil durch die Bestimmung der Frist, auch wenn sie unangemessen sei, doch erfahre, daß der Berechtigte von seiner Befugnis, eine angemessene Frist zu bestimmen, habe Gebrauch machen wollen. Die Fristbestimmung sei also so aufzufassen, daß die Leistung eventuell jedenfalls binnen einer objektiv angemessenen Frist erfolgen solle.[4]) Levy[5]) hält die Ansicht Plancks deshalb für richtig, weil das Recht, eine Frist zu setzen, dem Berechtigten einen Vorteil gewähre; dieser Vorteil, der zum Correlat einen Nachteil des Gegners habe, solle billigerweise nur dann eintreten, wenn der Bevorzugte genau und vollständig das getan habe, was das Gesetz verlangt. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß es sich oft auch, wie Planck selbst bemerkt, um einen Rechtsnachteil für den Fristsetzenden handelt, wie ja auch in unserm Fall, wo der Besteller durch die Fristsetzung das Recht auf Beseitigung des Mangels verliert.

---

[1]) Fischer-Henle, BGB. 7. A. 1906, § 250 A. 1.
[2]) so Planck, BGB, zu § 250, Ziff. 2b; Crome, Lehrb. S. 68.
[3]) allerdings nicht in § 634, wo ein anderer Ausdruck gebraucht ist; jedoch deshalb soll eine verschiedene Beurteilung der Frage nicht eintreten.
[4]) so Cosack, Romeick (in D. Jur.-Ztg. 1901 S. 494); RG in Bd. 56, S. 231 u. J. W. 1904, S. 172.
[5]) a. a. O. Seite 21.

Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Staub[6]) ein: Wenn der Schuldner schweigt auf die zu kurz bemessene Frist, so gilt das als Genehmigung; protestiert er, so hat er selbst eine andere Frist zu setzen, die dann, wenn angemessen, maßgebend ist. Letztere Regel hilft jedoch nicht in allen Fällen. Man wird vielmehr mit Oertmann[7]) nur für den Fall dem Schuldner das Recht geben, sich um die Fristsetzung gar nicht zu kümmern, wenn deutlich erhellt, daß der Gläubiger auf der gestellten unangemessenen Frist bestehen bleibt. Davon abgesehen muß der Schuldner die Leistung in der objektiv angemessenen Frist vollziehen. Zu einem ähnlichen Resultat kommt auch Fischer[8]), nach dem die Frage weder generell zu bejahen noch zu verneinen ist, sondern es sich hauptsächlich um eine Willensinterpretation der Gläubigererklärung handelt. Der Einwand Oertmanns, daß bei der Ansicht von Planck es unbillig sei, den Gläubiger selbst nicht an die gesetzte Frist gebunden sein zu lassen, scheint allerdings nicht begründet. Der Gläubiger bekommt ja durch Setzen einer unangemessenen Frist keinen Vorteil. Da vielmehr nach Planck dann überhaupt keine Frist besteht, so muß er ja noch einmal eine Frist setzen, um von dem Rechte aus § 250 Satz 2 bezw. § 634 Abs. I, Satz 3 Gebrauch machen zu können. Und auch darin, daß der Besteller bei Setzen einer unangemessenen Frist — nach Planck — dann noch weiter auf Beseitigung des Mangels bestehen könnte, kann kein großer Vorteil, oder wenigstens kein besonderer Nachteil für den Gegner, der deshalb unbillig wäre, erblickt werden, da ja letzterer sowieso schon auf Grund des Verlangens des Bestellers den Mangel beseitigen muß.

Mit der Fristbestimmung muß ausdrücklich die Erklärung verbunden sein, daß der Besteller eine etwaige spätere Beseitigung ablehnt. Stillschweigen im Hinblick darauf, daß der Unternehmer die Ablehnung des Werkes ja aus den besonderen Umständen des Falls entnehmen könne, genügt also nicht, was aus dem Wortlaut des Gesetzes und den wichtigen Folgen, die die Fristsetzung nach sich zieht, geschlossen werden muß.

Bestimmt der Besteller schon vor Ablieferung des Werks sofort beim Verlangen der Beseitigung die Frist, wozu er, wie oben gesagt, nicht ohne weiteres verpflichtet ist, so muß dieselbe nach § 634 Abs. I Satz 2 so bemessen sein, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. Unter „Ablieferung“ ist die Übergabe zu verstehen, die dem Besteller die Möglichkeit gibt, das Werk insbesondere bezüglich etwaiger Mängel zu untersuchen. Der Begriff deckt sich also nicht mit der in §§ 640, 644 erwähnten „Abnahme“.

Weshalb die Bestimmung des § 634 Abs. I Satz 2, daß die Frist so bemessen sein muß, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft, hinzugefügt wurde, ist nicht

[6]) Staub, Exkurs zu HGB § 374, Nr. 79.
[7]) Oertmann, Nr. 250, Ziff. 3c.
[8]) Fischer, Der Schaden, Jena 1903, Seite 217.

recht ersichtlich. Im Entwurf I (§ 569) fehlte sie. Erst in den Entwurf II (§ 572) ist sie aufgenommen worden, aber ohne von der Kommission vorgeschlagen worden zu sein[9]). Angenommen, die für die Beseitigung des Mangels gesetzte Frist würde vor der für die Ablieferung bestimmten ablaufen, so würde dadurch weder der Besteller noch der Unternehmer benachteiligt. Letzterer nicht, weil ihm die etwaige Geltendmachung des Wandelungsanspruchs vor der Ablieferung des Werks nur recht sein kann, denn dann braucht er eben wenigstens das Werk nicht zu vollenden. Und daß er dadurch, daß er den Mangel noch vor dem Ablieferungstermin beseitigen muß, etwa in der Fortsetzung des Werks beeinträchtigt würde, ist bei Setzung einer „angemessenen" Frist nicht zu erwarten. Aber auch der Besteller würde dadurch nicht geschädigt werden können. Denn, ob er den Anspruch auf Beseitigung des Mangels schon vor dem Ablieferungstermin verliert oder erst nachher, kann ihm gleichgültig sein. Im Gegenteil! Es gibt sehr wohl Fälle, wo es für den Besteller vorteilhaft wäre, wenn er Beseitigung des Mangels vor dem Ablieferungstermin verlangen könnte; z. B. er zweifelt daran, ob der Unternehmer überhaupt den Mangel beseitigen kann, was vielleicht nur wenige Tage beanspruchen würde, während die Ablieferungsfrist Monate beträgt; unterdessen würde er, wenn er die Möglichkeit hätte zu erfahren, ob sein Zweifel berechtigt sei, sofort wandeln und eine sich ihm gerade bietende günstige Gelegenheit benutzen, um einen andern vorteilhafteren Werkvertrag abzuschließen. Diese Möglichkeit versagt ihm aber das Gesetz durch § 634, es sei denn, daß Abs. II zutrifft. Nach § 634 muß nämlich der Unternehmer frühestens am Ablieferungstermin den Mangel beseitigt haben. Insofern ist diese Bestimmung zu beanstanden, weil sie eine Unbilligkeit enthält für den Besteller.

Was die Beziehungen dieser Fristsetzung nach § 634 Abs. I zu den Rechten aus § 633 Abs. II und III betrifft, so ist schon oben erwähnt worden, daß der Besteller, auch nachdem er schon die Beseitigung des Mangels verlangt hat, nachträglich noch die genannte Frist hinzufügen kann. Verweigert allerdings der Unternehmer auf Grund des § 633 Abs. II, Satz 2 die Mängelbeseitigung, so hat die Frist weiter keine rechtliche Bedeutung. Auch der Verzug des Unternehmers gemäß § 633 Abs. III schließt nicht die Fristsetzung aus. Nach Riezler[10]) soll dem Besteller durch die Fristsetzung auch sein Selbstbeseitigungsrecht nicht verloren gehen. Jedoch wird es praktisch bedeutungslos für ihn, da seine Voraussetzung, der Verzug des Unternehmers, während der Frist nicht eintreten kann. Levy[11]) anderseits erblickt in der Fristsetzung einen Verzicht auf das Selbstbeseitigungsrecht.

Aus den Folgen, die das Gesetz an diese Fristbestimmung knüpft, läßt sich ersehen, daß dieselbe sowohl im Interesse des

---

[9]) vgl. Prot. Seite 310 zu § 569 a.
[10]) a. a. O., Seite 116.
[11]) a. a. O., Seite 22.

Bestellers als auch des Unternehmers liegt. Mit dem Ablauf der Frist ist nämlich der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ausgeschlossen. Davon wird auch das Selbstbeseitigungsrecht aus § 633 Abs. III mitbetroffen. Diese Bestimmung beruht, nach Planck, auf der Erwägung, „daß der Schuldner Klarheit über die Sachlage haben muß, um seine geschäftlichen Anordnungen treffen zu können". Sie bewirkt, daß dem Besteller die Rechte aus § 633 und die aus §§ 634, 635 nicht wahlweise nebeneinander zustehen, sondern daß er zunächst bis zum Ablauf einer von ihm bestimmten Frist nur das Beseitigungsrecht und von da ab nur die Rechte aus §§ 634, 635 hat.

Ausnahmsweise bedarf es zur Geltendmachung letzterer Rechte keiner Fristsetzung, nämlich wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder vom Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung dieser Ansprüche durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird. (§ 634 Abs. II.)

Was ist nun unter einer solchen Unmöglichkeit der Beseitigung des Mangels gemäß § 634 Abs. II zu verstehen? Nach der gemeinen Meinung[12]) muß die Unmöglichkeit eine objektive sein. Nach Kisch genügt schon ein bloßes Unvermögen des Unternehmers zur Beseitigung, da sie dieser sogar schon verweigern könne, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere.[13]) Wenn also schon bei der Weigerung des Unternehmers wegen unverhältnismäßigen Aufwands die Fristsetzung unterbleiben dürfe, so, nach den Grundsätzen der Logik, erst recht dann, wenn der Unternehmer überhaupt nicht in der Lage sei, den Mangel zu beseitigen.[14]) Diese beiden mit einander verglichenen Fälle brauchen aber durchaus nicht im Verhältnis des Teiles zum Ganzen zu einander zu stehen und deshalb hier gleich behandelt zu werden, sondern man kann sich sehr wohl das Verhältnis auch umgekehrt denken: „unverhältnismäßiger Aufwand" = Unvermögen des Schuldners + Hinzuziehung fremder Kräfte. Bei dieser Annahme „wäre es hart, dem Unternehmer ohne Rücksicht auf seinen Willen die Chance zu entziehen, die Nachfrist dennoch auszunutzen — etwa durch Heranziehung von Substituten oder auch in eigener Person, sofern das Unvermögen wieder beseitigt wird".[15])

Aber auch so bleibt immer noch die Frage zu beantworten, wann die Beseitigung des Mangels objektiv unmöglich ist. Jedenfalls kommt es bei der Beurteilung der Frage nicht auf den Willen des Schuldners, sondern auf sein Können an. Im Übrigen

---

[12]) Planck N. 4; Oertmann N. 2 b, a; Riezler S. 115; Goldmann-Liliental, N. 4, a; u. a.

[13]) W. Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, 1900, S. 196.

[14]) Es kommt hier nur „Unvermögen", d. h. Unmöglichkeit zwar für den Schuldner, nicht aber für Dritte, in Betracht, nicht Unmöglichkeit des Schuldners bei nicht vertretbaren Werken, da letztere sich deckt mit „objektiver Unmöglichkeit" (Kisch S. 10; Kleineidam f., Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900, S. 12), also nicht in den Rahmen des Bestrittenen fällt.

[15]) so Oertmann, A. 1906, § 634 Ziff. 3 b, a.

aber ist nach Kisch[16]) der Begriff der Unmöglichkeit zu finden durch einen Vergleich zwischen Art und Maß der geschuldeten Leistung einerseits und den Mitteln, über die der Schuldner zu ihrer Bewirkung verfügt, anderseits, umfaßt also auch die Unerschwinglichkeit der Leistung. Enger gebraucht Krückmann[17]) den Begriff unter Zuhilfenahme einer „aufschiebenden Einrede des Schuldners aus entgegenstehendem Interesse", die zur Zerstörung der Schuld wird in dem Fall, wo die Leistung nur in einem kurz bemessenen Zeitraum erbracht werden soll und der Schuldner während dieses Zeitraums die Leistung verweigern darf.

Es wird jedenfalls eine Unmöglichkeit der Beseitigung des Mangels nicht ohne weiteres schon darin zu erblicken sein, daß der Unternehmer gemäß § 633 Abs. II Satz 2 berechtigt ist, die Beseitigung wegen unverhältnismäßigen Aufwands zu verweigern.[18]) Dies ist m. E. auch schon daraus zu entnehmen, daß das Gesetz in § 634 Abs. II die beiden Begriffe „Unmöglichkeit" und „Weigerung", unter der es doch auch, wenn nicht gar hauptsächlich, diejenige des § 633 Abs. II Satz 2 versteht, ohne Zusatz nebeneinanderstellt.

Der zweite Fall, wo es einer Fristsetzung zur Geltendmachung der Rechte aus den §§ 634, 635 nicht bedarf, ist der, daß der Unternehmer die Beseitigung des Mangels *verweigert*. Bei dieser Bestimmung hat, wie schon oben bemerkt wurde, das Gesetz[19]) vor allem an die Weigerung wegen unverhältnismäßigen Aufwands gedacht.[20]) Auch die Weigerung muß unzweideutig erklärt sein. Nach Riezler[21]) genügt es, wenn sie dem Besteller in irgend einer Weise zur Kenntnis gelangt ist. Planck[22]) dagegen verlangt, daß sie dem Besteller gegenüber erklärt wurde, und m. E. mit Recht; denn erst dann wird der Unternehmer sich die Folgen genau überlegen und darnach seine Entscheidung treffen.

Auch ohne Aufforderung seitens des Bestellers und gleich von vornherein schon vor der Fälligkeit kann der Unternehmer die Beseitigung des Mangels wirksam und entgültig dergestalt verweigern, daß eine Fristsetzung überflüßig ist.[23])

Als dritten Fall, wo es einer Fristbestimmung zur Beseitigung des Mangels nicht bedarf, um die Rechte aus §§ 634, 635 geltend machen zu können, erwähnt das Gesetz in § 634 Abs. II ein *berechtigtes besonderes Interesse des Bestellers an der sofortigen Geltendmachung* dieser Rechte. Ein solches wird vor allem dann anzunehmen sein, wenn der Be-

---

[16]) Kisch, a. a. O. Seite 11.
[17]) Krückmann, Unmöglichkeit und = prozess, 1907, S. 7, 8.
[18]) so auch „Recht" 1903 S. 180; Endemann, Lehrb. des bürg. Rechts, 9. A. 1. Bd. 1903, § 124, N. 24 b.
[19]) vgl. E. I. § 569 IV.; D. I. S. 88; Mot. II. S. 483 oben.
[20]) so auch Fischer-Henle, Anm. 6. A. M.: Planck, der in diesem Falle des § 633 Abs. II S. 2 die Frist für unwirksam erklärt. Mit Recht hält ihm Oertmann (A. 1906 § 634, 3 b, b) entgegen, daß bei dem hieraus praktisch folgenden Wegfall des Wandelungs- und Minderungsanspruchs der Besteller nahezu wehrlos wäre.
[21]) a. a. O. S. 115.
[22]) a. a. O. § 634 A. 2.
[23]) vgl. Romeick in D. Jur.-Zeitg. 1901 S. 494.

steller behufs sofortigen Gebrauchs genötigt ist, sich das Werk anderweitig zu verschaffen. Eine Verpflichtung aber, den Anspruch sofort nach Eintritt des Interesses geltend zu machen, besteht nicht.[24]) Jedoch darf man diesen Satz, wie Oertmann[25]) richtig bemerkt, wohl nicht auf die Fälle ausdehnen, wo trotzdem eine Frist bestimmt wird, obwohl ein besonderes Interesse in diesem Zeitpunkt schon vorliegt. Der Besteller hat also dann nicht mehr die Möglichkeit jederzeitigen Rücktritts. Ist freilich das besondere Interesse erst nach dem Zeitpunkt der Fristbestimmung entstanden, so schließt das die sofortige Geltendmachung der fraglichen Ansprüche nicht aus.

ββ. Die „Wandelungstheorien".

Was die Geltendmachung der Ansprüche aus § 634 selbst betrifft, so ist im Gesetz in § 634 Abs. IV auf die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465 bis 467, 469 bis 475 verwiesen. Wie man sich diese Geltendmachung zu denken hat, darüber herrscht gewaltiger Streit.

Während nach Entwurf I (§ 384 bezw. 208) die Wandelung durch einseitige Erklärung des Käufers sich vollzog, kann diese Auffassung für das geltende Recht nicht mehr ohne weiteres vertreten werden, und zwar mit Rücksicht sowohl auf § 465, der ein Wahlrecht bis zur Einwilligung des Gegners anerkennt, als auf § 478, der von einer Wandelungseinrede und nicht von einer Einwendung spricht, als auch auf §§ 464, 477, 488, die von einem Wandelungsanspruch und nicht blos von einem „Recht des rechtlichen Könnens" sprechen, ferner auch mit Rücksicht auf § 467, der gerade auf den § 349 (= Entw. I: § 208) nicht verweist. Es wird nun gleichwohl in der Literatur in weitem Umfange eine Theorie vertreten, nach der der Wandelungsanspruch direkt auf tatsächliche Rückgängigmachung der vollzogenen Leistungen geht, indem durch die Wandelungserklärung der Vertrag zwar nicht beseitigt, aber dieser Rückerstattungsanspruch bereits erzeugt würde. Dies ist die Restitutionstheorie, so genannt, weil sie wie die ihr entsprechende römischrechtliche actio redhibitoria eine „quodammodo restitutio in integrum" darstellt.[1])

Ihr gegenüber steht die in der Literatur überwiegend vertretene sog. Vertragstheorie, nach welcher der Wandelungsanspruch auf Einwilligung des Gegners in die Rückgängigmachung des Geschäfts geht und erst aus der Vollziehung dieses neuen Vertrags die weiteren Ansprüche auf Rückgewähr erwachsen.

I. Für diese Vertragstheorie wird geltend gemacht:

1. Der Wortlaut des § 465 und außerdem der des § 462; denn da „Minderung" nicht = (teilweise) Rückgewähr, sondern =

[24]) vgl. RG Bd. 52 Seite 317.
[25]) a. a. O. § 634 Ziff. 3b, g.
[1]) vgl. D. 21, 1. 23. 7: Julianus ait indicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere.

„Herabsetzung", so ist auch Wandelung nicht schon tatsächliche Rückgewähr.

2. Die Entstehungsgeschichte des § 465. Die Mehrheit der 2. Kommission beschloß ausdrücklich, die Wandelung bezw. Minderung als Vertrag ins Gesetzbuch aufzunehmen.[2])

3. § 467 verweist nicht auf § 349, wonach der (vertragsmäßige) Rücktritt durch Erklärung gegenüber dem andern Teil erfolgt. Also will der Gesetzgeber, daß die Wandelung nicht schon durch einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Teil, sondern erst durch Willenseinigung vollzogen wird.[3])

II. Gegen die Vertragstheorie behauptet man:

1. ad I, 1.) Zunächst Eccius[4]): § 465 erwähnt nur eine Art der Wandelung, läßt daneben aber die durch Austausch der Leistungen zu. Er will nur den Zeitpunkt festsetzen, in welchem dem Käufer das Recht abgeschnitten ist, von dem Wandelungsverlangen wieder abzugehen.

[Hiergegen wieder Goldmann-Liiental, § 465: Damit ist nichts gewonnen; entscheidend ist § 462: Käufer kann „Rückgängigmachung verlangen", und nicht, wie nach einem Antrage, der von der Mehrheit der 2. Kommission abgelehnt wurde: Käufer kann „rückgängig machen".]

Anderseits: Werner:[5]) § 465 hat zwar eine Billigung, nicht aber einen Vertrag im Sinn. Denn „Verlangen" nicht = Antrag (mit Bindung des Käufers), „Einverständnis" nicht = (formelle) Annahme. Es genügt vielmehr die allgemeine Zustimmung, die dann vorliegt, wenn der Käufer die verlangten tatsächlichen Handlungen ohne Widerspruch vornimmt.

2. ad I, 2.) Biermann[6]): Aus den Verhandlungen der 2. Kommission ergibt sich, daß § 465 von vornherein wenigstens nicht dazu bestimmt war, an dem Inhalt der vom 1. Entwurf bestimmten Gewährleistungsansprüche (E. I.: durch einseitige Erklärung!) etwas zu ändern[6]); im Uebrigen war die 2. Kommission selbst sich nicht klar über die große Tragweite der aufgestellten neuen Konstruktion.[7])

3. ad I, 3.) § 349 besagt nicht, daß der Rücktritt nur durch einseitige Erklärung gegenüber dem andern Teile erfolgen kann, denn zweifellos können ihn beide Teile auch (vertragsmäßig) vereinbaren. Die Vorschrift bedeutet, daß schon die einseitige Erklärung des Rücktrittsberechtigten ihn selbst an den Rücktritt bindet. Im Gegensatz dazu läßt § 465 die Bindung erst durch das Einverständnis des Verkäufers eintreten. Beide Vorschriften dürfen also nicht miteinander verglichen werden.[8])

---

[2]) vgl. Oertmann, § 462.
[3]) vgl. RG Bd. 59 Seite 98.
[4]) Eccius in Gruch. Bd. 43 S. 325.
[5]) Werner in „Recht" 1902 S. 282/3; auch Grabner, Gruch. 50 S. 259.
[6]) Biermann in Arch. f. civ. Prax. Bd. 95 S. 315 ff.
[7]) Haymann in Gruch. 46 S. 536/7.
[8]) vgl. Grabner, Gruch. Bd. 51 S. 517.

4. Gerade die wesentlichsten allgemeinen Bestimmungen des BGB über Verträge lassen sich nicht auf den Vertrag des § 465 anwenden: So § 145, wonach der Antragende an seinen Antrag gebunden ist; § 146, wonach der Antrag durch Ablehnung seitens des Gegners erlischt; ferner §§ 147 u. 149, 150, 154, 155.[9]) Außerdem, wenn in § 465 wirklich ein Vertrag gemeint wäre, so wäre es ein obligatorischer Vertrag. Für diese gilt Vertragsfreiheit. Hier aber darf der Verkäufer nur „ja“ sagen.[10])

5. Das Gesetz hat selbst die Konstruktion der Wandelung als Vertrag nicht consequent durchgeführt. Das zeigt sich: — a.) aus § 478. Auch nach der Vollendung der Verjährung hat der Käufer noch die Wandelungseinrede, erst recht also schon vor der Verjährung. Er macht aber mit der Wandelungseinrede zugleich das Recht auf Wandelung geltend, ohne daß es also eines Vertragsschlußes bedarf.[11]) [Hiergegen: früher Neumann,[12]) der dem auf den Kaufpreis belangten Käufer nur ein Zurückbehaltungsrecht gibt auf Grund des Rechts auf Vertragsschluß über die Wandelung, was jedoch nach Eccius[13]) dem Sinn des § 478 nicht entspricht. Ferner Flechtheim,[14]) der dieser Einrede den Charakter des allgemeinen Chikaneverbots beilegen will.] — b.) Nach § 480 sind auf den Anspruch auf Lieferung einer neuen mangelfreien Sache die Vorschriften über die Wandelung, auch § 465 entsprechend anzuwenden. Aber man wird unmöglich jenen Anspruch nur als Anspruch auf Abschluß eines Umtauschvertrages auffassen wollen.[15]) — c.) Trotz der Anwendbarkeit des § 465 bestimmt § 639 Abs. I, daß auf die Verjährung der in § 638 bezeichneten Ansprüche § 479 entsprechende Anwendung finde; m. a. W.: der Anspruch auf Wandelung und Minderung ist seiner Natur nach aufrechenbar, was unmöglich wäre, wenn er nur auf Abschluß eines Umtauschvertrages ginge.[15])

6. Die Folgen, die sich bei Annahme der Vertragstheorie ergeben, sind unannehmbar. Denn: — a.) Es bedarf zweier Prozesse gegen den widerwilligen Verkäufer. Eine Verbindung dieser, welche die Vertragstheorie zunächst unter Hinweis auf den Fall der Verbindung der Klage aus dem pactum de contrahendo mit der Klage auf Erfüllung aus dem Hauptvertrage zuläßt,[16]) ist unmöglich aus logischen und rechtlichen Gründen. Denn man gibt dann dem Gläubiger aus dem Vorvertrag einen Anspruch, den er nach den Parteiabsichten noch gar nicht haben sollte, und schneidet dem Schuldner die Verteidigung aus Vorgängen ab, die erst nach Abschluß des Hauptvertrages existent werden.[17]) Außerdem ist ein Vergleich mit der Klage aus einem Vorvertrag deshalb unmöglich, weil ja der Käufer bis zum Abschluß des Wandelungs-

[9]) vgl. Grabner, Gruch. Bd. 50 S. 255—257.
[10]) derselbe in Gruch. Bd. 51 S. 517.
[11]) Matthiass in J. Z. 1902 S. 208 Nr. 7.
[12]) Neumann, Handausgabe des BGB, 3 A. § 462.
[13]) a. a. O. Seite 322.
[14]) Flechtheim in Gruch. Bd. 44 S. 87.
[15]) Haymann in Gruch. Bd. 46 S. 546.
[16]) so Flechtheim, a. a. O. Seite 74.
[17]) Matthiass, J. Z. 1902 S. 206.

vertrags, also bis zum rechtskräftigen Urteil, seine Wahl ändern kann nach § 465; wie soll der Käufer auf Erfüllung eines Vertrages klagen dürfen, solange es ihm selbst freisteht, diesen Vertrag zu schließen oder nicht zu schließen.[18]) — Aber auch wenn man die Verbindung beider Klagen zuläßt, so kann doch das Urteil der zweiten Klage nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Denn das Gericht kann die zwangsweise Verwirklichung des Anspruchs erst von da ab gestatten, wo dieser entstanden ist, also erst nach der Rechtskraft des Urteils.[19]) [Hiergegen: Flechtheim[20]) unter Verweisung auf Arrest und einstweilige Verfügung.] — Uebrigens sind immer zwei Prozesse zu führen, wenn der Käufer nicht gewillt ist, beide Klagen zu verbinden.[21]) — Anderseits hält Endemann[22]) keineswegs für notwendig, daß ein besonderer Antrag auf Vertragsschluß gestellt werde. „Ein förmlicher Vertrag wird nicht erfordert, es genügt, daß der Verkäufer irgendwie dem Wandelungs- oder Minderungsbegehren sich unterwirft, und das geschieht auch durch die Beugung unter den Urteilsspruch". Man werde also, ohne materiell den Vertragsstandpunkt aufzugeben, den Klagantrag und das Urteil bei der Wandelung unmittelbar auf Rückerstattung des Kaufgeldes gegen Rückgabe der Sache richten dürfen.

b) Eine weitere Folge wäre die: Da bei Grundstückskäufen der Wandelungsvertrag der Form des § 313 bedarf, so würde bei rechtskräftiger Verurteilung zur Einverständniserklärung zwar bezüglich dieser Erklärung des Verkäufers die Form durch das Urteil ersetzt werden, nicht aber bezüglich der Erklärung des Käufers.[23]) [Hiergegen Dernburg, § 185 A. 20: Dieser Form bedürfe es nicht, weil hier ein gesetzlich gebotener Vertrag in Frage stehe.]

c) Der kurzen Verjährung unterläge nur der Anspruch auf Vertragsschluß, der Anspruch aus der vollzogenen Wandelung dagegen würde erst in 30 Jahren verjähren.[24])

Von den Anhängern der Vertragstheorie wird vor allem gegen die Restitutionstheorie geltend gemacht:

1. Es würde der Anspruch des Käufers auf Rückgewähr schneller verjähren (nach § 477) als der des Verkäufers, da dieser ja keinen Wandelungsanspruch hat.

2. Einen Wandelungsanspruch auf Rückgewähr gäbe es nicht in den Fällen, wo der Preis noch nicht gezahlt ist. Und doch erwähnt einen solchen für diese Fälle § 478.[25]) [Hiergegen Langheineken, der vor der Zahlung einen Anspruch auf Befreiung (Vertrag!) annimmt.]

3. Die Wandelung i. S. der Restitutionstheorie ist praktisch bedenklich, weil sie den wandelnden Käufer, der gegenüber dem

[18]) vgl. Eccius a. a. O.
[19]) Heuer, in „Recht" 1902 S. 97.
[20]) a. a. O. S. 76.
[21]) Matthiass, a. a. O. S. 207 Nr. 2.
[22]) Endemann, Lehrb., Bd. I. S. 995/996.
[23]) Matthiass, a. a. O. S. 207 Nr. 5.
[24]) Matthiass, a. a. O. Nr. 6.
[25]) vgl. Oertmann, § 465, Ziff. 1 b.

Leugnen des Verkäufers den Prozeß nicht zu erheben wage, in die Hände des Verkäufers gebe.[26]) [Hiergegen Grabner[27]): der Käufer hat gewöhnlich die mangelhafte Sache in Besitz, kann also den Beweis leicht führen, daß der Fehler im Augenblick des Uebergangs der Gefahr vorhanden war.

Wenn man das bisher über die beiden Theorien gesagte überblickt, so ergibt sich, daß die eine ihren Hauptstützpunkt im Gesetz hat, die andere in der praktischen Durchführung. So erklärt sich auch, daß, nachdem auch Staudinger und das Reichsgericht[28]) sich neuerdings auf die Seite der Restitutionstheorie gestellt haben, sich der Kampf fast ausschließlich zwischen Theoretikern und Praktikern abspielt. Hier, neben den beiden eben genannten, vor allem: Eccius, Enneccerus, Werner, Grabner, Haymann, Biermann, Neumann usw.; dort u. a.: Oertmann, Planck, Dernburg, Endemann. Die Letzteren erkennen die Schwierigkeit der praktischen Durchführung des Vertragsgedankens an, und Dernburg[29]) macht deshalb den vermittelnden Vorschlag, im Prinzip „die gesetzliche Konstruktion eines Wandelungs- und Minderungsvertrags anzuerkennen, aber alle Folgerungen daraus abzulehnen, welche ungesund und unpraktisch sind".

γγ. Das Wahlrecht zwischen Wandelungs- und Minderungsanspruch.

Was im Vorigen von der Wandelung gesagt wurde, gilt in gleichem Maße auch für die Minderung. Es stehen beide Ansprüche, wie sich aus § 634 ergibt, in einem alternativen Verhältnis zu einander, d. h. sobald der eine Anspruch verwirklicht ist, fällt der andere von selbst weg. Nicht tritt Letzteres schon mit dem bloßen Verlangen des einen Anspruchs ein, sondern es erlischt, wie § 465 ausdrücklich vorschreibt, das Wahlrecht zwischen beiden erst mit der Einverständniserklärung des anderen Teiles.[1])

Da der Besteller die Entscheidung für Wandelung oder Minderung hinausziehen könnte und somit der Unternehmer ein berechtigtes Interesse an der alsbaldigen Klarstellung der Rechtslage hat, so gibt ihm § 466 das Recht, dem Ersteren durch einseitige Erklärung (gemäß § 130 ff) eine Praeklusivfrist zur Geltendmachung des Wandelungsanspruchs zu setzen. Diese Frist ist im Gesetz nur insoweit näher bestimmt als sie eine angemessene sein muß, was aus den Umständen des Einzelfalles nach den oben Seite 41 f erwähnten Ausführungen beurteilt werden muß. Ist die Frist fruchtlos abgelaufen, so ist der Besteller auf den Minderungs- und ev. Schadensersatzanspruch beschränkt. Eine Versagung dieser Schutzvorschrift des § 466 für den Fall, daß der Besteller den Mangel nicht gerade dem Unternehmer gegenüber behauptet[2]),

[26]) vgl. J. D. R. 4, 163.
[27]) Grabner, Gruch. Bd. 51 S. 520.
[28]) RG Bd. 66 § 74; Bd. 69 S. 385.
[29]) Dernburg, Bd. II. S. 75.
[1]) so auch nach der Vertragstheorie, vgl. Oertmann, N. 2, Planck N. 1.
[2]) vgl. Endemann § 161 Anm. 59.

wird beim Werkvertrag nur ausnahmsweise anzunehmen sein, da ja im allgemeinen diese Voraussetzung nach § 634 Abs. I, Satz 1 vorliegen muß. Aus demselben Grund wird hier die Streitfrage auch nur ausnahmsweise auftauchen, ob beim Ausschweigen des Bestellers (Käufers) über etwaige Mängel der Unternehmer (Verkäufer) sich diese Unsicherheit wehrlos gefallen lassen muß [3]), oder ob aus dem Schweigen auf eine diesbezügliche Anfrage des Unternehmers (Verkäufers) schon die Behauptung eines Mangels hervorgeht.[4]) Letztere Ansicht dürfte zudem m. E. nicht richtig sein, da vielmehr aus dem Schweigen auf eine Anfrage des Unternehmers, ob Mängel vorhanden sind, in der Regel zu entnehmen sein wird, daß keine vorhanden sind oder wenigstens, daß der Besteller deswegen nicht wandeln wolle.

Mit der Bestimmung der Praeklusivfrist muß der Unternehmer zugleich das Erbieten zur Wandelung verbinden. Dieses ersetzt die in § 465 verlangte Willenserklärung des Unternehmers, aber nicht mit der Maßgabe, daß schon dadurch das jus variandi des Bestellers erlischt, sondern in diesem Falle folgt das Verlangen des Bestellers nur zeitlich der Erklärung des Unternehmers nach, sodaß also im Falle des § 466 das Wahlrecht dann mit dem Verlangen, d. h. dem Einverständnis des Bestellers endet.

Das Gesetz erwähnt in § 466 nur die Wandelung, nicht auch die Minderung. Ist daraus zu schließen, daß diese Schutzbestimmung des § 466 nur für den Ausschluß des Wandelungsrechts zu Gunsten des Unternehmers gegeben wurde? Ohne Zweifel wird in der Regel die Geltendmachung des Wandelungsrechts für den Unternehmer einschneidender wirken als die des bloßen Minderungsrechts. Aber es sind gewiß auch Fälle denkbar, wo dem Unternehmer in erster Linie an dem Ausschluß des Minderungsrechts des Bestellers gelegen ist. So z. B. wenn er Aussicht auf sonstige Verwertung des Werks zum festgesetzten Preis hat und ein Heruntergehen unter diesen Preis für ihn von Schaden wäre. Nun soll er ja allerdings hiergegen durch § 466 nicht geschützt werden, sondern gegen das Hinausziehen der Entscheidung und die hierdurch mögliche Spekulation des Bestellers. Aber diese ist doch ebenso gut auch in Bezug auf das im Preis herabgesetzte Werk möglich. Man wird deshalb vielleicht annehmen können, daß diese Bestimmung in § 466 auch in Bezug auf die Minderung gilt, und daß die Gleichsetzung der Minderung mit der Wandelung, wie sie im Entwurf II (§ 402 Abs. II) bestand, nur aus formellen Gründen im Gesetz unterblieb. Es könnte demnach der Unternehmer den Besteller auch unter dem Erbieten zur Preisherabsetzung und unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung, ob er Minderung verlange, auffordern mit der Wirkung, daß die Minderung nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden kann und dem Besteller dann nur noch der Anspruch auf Wandelung bzw. Schadensersatz zusteht.

3) so Cosack S. 444 b. und Endemann S. 1000, Anm. 59.
4) so Planck § 466 A. 2.

δδ. Die Wandelung im Einzelnen.

Während die bisherigen Ausführungen für die Wandelung und die Minderung gemeinsam galten, ist im folgenden nunmehr zunächst die Wandelung im Besonderen zu behandeln. Das Gesetz schließt dieselbe aus, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werks nur unerheblich mindert. (§ 634 Abs. III.) Wann solche Unerheblichkeit vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen. In der Literatur[1]) und auch vom Reichsgericht[2]) wird die Ansicht vertreten, daß sich diese Bestimmung des § 634 Abs. III nicht auf solche Mängel beziehe, die im Fehlen zugesicherter Eigenschaften bestehen, und wird hierfür auf die Analogie beim Kauf verwiesen. Hierbei wird jedoch m. E. der Unterschied der Mängelhaftung beim Kauf nicht genügend gewertet. Es ist zu beachten, daß beim Kauf eine unerhebliche Minderung des Werts oder der Tauglichkeit bei gewöhnlichen Mängeln nicht in Betracht kommt, also weder Wandelung noch Minderung begründet, während beim Werkvertrag hierdurch die Wandelung ausgeschlossen wird. Ferner haftet der Verkäufer beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften wesentlich strenger als bei gewöhnlichen Mängeln (vgl. §§ 462, 463), während aus den Bestimmungen beim Werkvertrag nirgends hervorgeht, daß das Gesetz zwischen dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften und anderen Mängeln bezüglich der Haftung einen Unterschied machen will. Es wird hier dem Besteller nicht nur nicht wie dort beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften ein Schadensersatzanspruch, sondern nicht einmal das Wandelungs- und Minderungsrecht ohne weiteres zugebilligt, und zwar aus dem Grunde, „weil die chikanöse Ausübung dieser Rechte bei leicht zu beseitigenden Mängeln zu besorgen ist". Es geht auch aus den Motiven[3]) hervor, daß zwar beim Kauf, wo der Veräußerer beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft ohne Rücksicht auf Verschulden Schadensersatz zu leisten hat, die Unterstellung eines Garantieversprechens nicht ungerechtfertigt erscheint, daß aber eine solche im Fall der Zusicherung der Eigenschaft eines erst zu beschaffenden und noch nicht vorhandenen Werks überaus gewagt sei, da der Unternehmer damit, daß er eine bestimmte Eigenschaft des Werks verspreche, von besonderen Umständen abgesehen, nur eine gewöhnliche Leistungspflicht übernehme. Auch scheint der Grund zur gegenteiligen Ansicht, der in Rechtspr. d. OLG Bd. 7, S. 478 erwähnt wird, nicht stichhaltig zu sein. Es wird dort gesagt: Die zugesicherten Eigenschaften können Eigenschaften sein, die den Wert gar nicht berühren — —. „Liegen hiernach die zugesicherten Eigenschaften, weil sie auf der Willkür, vielleicht einer Liebhaberei der Parteien beruhen, gar nicht in dem Kreise, der diejenigen Eigenschaften einer Sache begrenzt, welche für ihren objektiven Wert und ihre gewöhnliche Tauglichkeit von Bedeutung sind, so

[1]) vgl. Oertmann § 634 Nr. 5.
[2]) RG Bd. 66 Seite 170.
[3]) Motive Bd. II. S. 479/80.

folgt hieraus, daß begrifflich durch das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften der Wert oder die Tauglichkeit einer Sache gar nicht beeinflußt werden, daß begrifflich also durch das Nichtvorhandensein solcher zugesicherter Eigenschaften der Wert oder die Tauglichkeit weder erheblich noch unerheblich beeinflußt werden". Diese Folgerung kann m. E. nicht hieraus gezogen werden. Es folgt daraus nur, daß eben die zugesicherten Eigenschaften in einem andern Kreise liegen; diese beiden Kreise können aber wohl ineinander greifen, brauchen sich also nicht gegenseitig auszuschließen.

Man wird vielmehr auch mit Rücksicht auf die hohen Summen, um die es sich oft hierbei handelt, auch beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften, wenn dadurch der Wert oder die Tauglichkeit des Werks nur unerheblich gemindert wird, die Wandelung ausgeschlossen sein lassen und den Besteller auf den Minderungs- und ev. Schadensersatzanspruch beschränken. Oft werden ja auch gerade bei der Zusicherung von Eigenschaften besonders hohe Anforderungen an den Unternehmer gestellt, sodaß eine geringe Abweichung von dem erwarteten Erfolg umso leichter vorkommen kann und zu verzeihen ist. Man wird m. E. beim Vorliegen zugesicherter Eigenschaften nur insofern eine Besonderheit anerkennen, als hier der Begriff der Unerheblichkeit des Mangels im einzelnen Fall wesentlich enger und beschränkter auszulegen sein wird als bei gewöhnlichen Mängeln.

Der § 634 Abs. IV läßt in Bezug auf die Wandelung die §§ 467—471 Anwendung finden mit Ausnahme des § 468. In § 467 ist nun wiederum auf die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 mit Ausnahme der §§ 349 und 355 verwiesen. Darnach sind die Parteien verpflichtet, einander Zug um Zug die empfangenen Leistungen zurückzugewähren; der Unternehmer muß also die etwa schon geleistete Vergütung nebst Zinsen vom Tage des Empfangs ab auf seine Gefahr und Kosten dem Besteller zukommen lassen (§ 346, 347, 270). Muß aber auch der Besteller das Werk, wenn er es schon in Besitz hatte, wieder zurückgeben? Wie verträgt sich Letzteres mit dem Umstand, daß ja der Besteller in der Regel von vornherein Eigentümer der Sache ist? Vor allem ist zu beachten, daß diese Bestimmungen vom Rücktritt nur entsprechende Anwendung finden sollen, also nur in dem Maße, wie sie sich mit der Natur des Werkvertrags vertragen. Es wird durch den Rücktritt der Werkvertrag aufgehoben und unter den Parteien ein Schuldverhältnis auf „Zurückversetzung in die Lage begründet, als ob der Vertrag gar nicht geschlossen wäre, eine obligatio ad restituendum in integrum."[4]) Daraus ergibt sich für den Unternehmer außer der eben erwähnten Rückgewähr des vereinbarten Preises die Verpflichtung, die Sache wieder so herzustellen, wie sie vor der Verarbeitung war, und zwar auf eigene Kosten, da immerhin

[4]) Mot. Bd. II. S. 281.

das Interesse des Rücktrittsberechtigten, des Bestellers, vorgeht. Diese Verpflichtung wird man aber natürlich nur dann annehmen, wenn die Wiederherstellung ohne Schaden für den Besteller möglich ist, also z. B. bei einschmelzbaren Metallen oder wenn das Werk lediglich in einer wieder rückgängig zu machenden Zusammensetzung mehrerer Sachen bestand, nicht dagegen z. B. bei Anfertigung eines Kleides aus dem Stoff des Bestellers. Bei Fällen letzterer Gattung, die doch immerhin die Regel bilden dürften, ist dem Besteller seine verarbeitete fehlerhafte Sache zu belassen. Er muß jedoch, soweit er ungerechtfertigt bereichert ist, also soweit die verarbeitete Sache mehr wert ist als früher, den Unternehmer entschädigen. Hachenburg[5]) sowie Levy[6]) wollen hier den § 346 Satz 2 angewendet wissen, wonach dem Unternehmer die geleisteten Dienste nach ihrem Wert vergütet werden müßten und, wenn das Werk unbrauchbar sei, eben der Wert gleich Null zu setzen wäre. Diese Lösung scheint aber m. E. insofern nicht ganz unbedenklich zu sein, als die Dienste des § 346 gewöhnlich nach der Zeit der geschehenen Leistung zu bewerten sind; außerdem wäre diese Lösung auch umständlicher, da sie ja doch auch die Dienste wieder nach dem Werte der verarbeiteten Sache veranschlagt. Im Ergebnis wird übrigens zwischen den beiden Lösungen kein Unterschied sein. — Was die Zutaten und Nebensachen betrifft, mit denen der Unternehmer die Sache versehen hatte, so sind ihm diese nach dem Prinzip des § 346 Satz 1 zurückzugewähren, d. h. der Besteller muß, wenn er die Sache in Besitz hat, dem Unternehmer gestatten, daß er sie wegnimmt und sich aneignet. Können jedoch solche Zutaten nicht ohne Schaden von der verarbeiteten Sache getrennt werden, so wird man dies dem Unternehmer wohl nicht zumuten wollen, sondern gemäß § 951 dem Besteller die ganze Sache belassen gegen Vergütung dieser Zutaten in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[7].) In solchen Fällen kommt die Wandelung fast der Minderung gleich. Der Unterschied zeigt sich nur darin, daß bei Letzterer die Werte der mangelhaften und mangelfreien Sache mit einander verglichen werden, während bei der Wandelung eine proportionale Berechnung überhaupt nicht stattfindet. Außerdem ist bei der Minderung für die Herabsetzung der Vergütung die Zeit des Vertragsschlusses maßgebend.

Sind als Vertragsschließende auf der einen oder andern Seite mehrere beteiligt, so kann Wandelung nur von allen und gegen alle verlangt werden. Durch Erlöschen für einen der Berechtigten erlischt der Anspruch auch für die übrigen (§ 356). Wesentlich anders sind die entsprechenden Bestimmungen bei der Minderung. Dort kann in diesem Falle der Anspruch von jedem und gegen jeden einzeln geltend gemacht werden. Mit der Vollziehung der von einem der Besteller verlangten Minderung ist dann Wandlung ausgeschlossen (§ 474).

5) a. a. O. Seite 73.
6) a. a. O. Seite 38.
7) so auch in Bezug auf Zutaten: Oertmann S. 638, 4 b.

Von den allgemeinen Vorschriften über den Rücktritt vom Vertrage (§ 346—356) wurden in § 467 ausnahmsweise die §§ 349 und 355 nicht für entsprechend anwendbar erklärt. §§ 349 bestimmt nämlich, daß der Rücktritt durch einseitige Erklärung gegenüber dem andern Teile erfolgt. Auf diese Nichtverweisung stützt sich vor allem die Vertragstheorie, indem sie aus ihr herleitet, daß der Gesetzgeber die Wandelung eben als Vertrag konstruieren wollte und daher diese Bestimmung des § 349 nicht gebrauchen konnte[8]), während nach der anderen Theorie auf diese Bestimmung deshalb nicht verwiesen wurde, weil sie insofern im Gegensatz zu den Regeln von der Wandelung stehe, als nach § 349 die Bindung der Berechtigten schon durch seine einseitige Erklärung, nach § 465 aber erst durch die Einverständniserklärung des andern Teils eintrete.[9]) § 355 ist durch § 467 wohl deshalb nicht entsprechend auf die Wandelung für anwendbar erklärt worden, weil diese Bestimmung schon durch § 466 in der Hauptsache ersetzt wird.

Uebrigens sind diese Vorschriften in § 346—356 nicht absolut zwingend in Bezug auf die Wandelung, es können von den Parteien vielmehr auch andere vereinbart werden. Auch ein Verzicht auf den Wandelungsanspruch kann in Frage kommen. Ein solcher wird regelmäßig bei der Veräußerung der Sache trotz Kenntnis des Mangels anzunehmen sein, vorausgesetzt natürlich, daß hierbei der Besteller diesen Anspruch nicht schon nach § 640 Abs. II verliert. Ob in dem Weitergebrauchen der Sache nach Geltendmachung des Wandelungsanspruchs ebenfalls ein Verzicht zu erblicken ist, braucht nicht immer bejaht zu werden. Denn der Besteller ist ja nicht verpflichtet, dem Unternehmer die Sache an dessen Wohnort zu schicken, es ist vielmehr Erfüllungsort für die Rückgabe der Sache der Ort, wo sie sich infolge des Vertrags befindet. Dies folgt (nach § 269 BGB) aus den Umständen bezw. der Natur des Schuldverhältnisses aus der Wandelung, dessen Veranlassung beim Unternehmer liegt.[10]) Für die Rückgabe des Preises ergibt sich aus § 270, daß sie auf Gefahr und Kosten des Unternehmers am Wohnorte des Bestellers zu erfolgen hat.

Für den Fall, daß es sich bei einem einheitlichen Werkvertrag um mehrere zu verarbeitende oder neu zu schaffende Sachen handelt, kann, wenn nur einzelne mangelhaft sind, nach der analogen Bestimmung des § 469, nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden, auch wenn ein Gesamtpreis für alle festgesetzt ist. Im letzteren Falle ist der Gesamtpreis nach dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Gesamtwert der Sachen, wenn sie schon existiert hätten, in mangelfreiem Zustand zu dem Wert der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde (§ 471).[11]) Andere wollen die Zeit der Ablieferung entscheiden lassen.[12]) Crome[13]) hält den

[8]) vgl. oben S. 52, u. und RG Bd. 59 S. 98.
[9]) vgl. oben S. 53, 54.
[10]) vgl. Crome II. S. 467, Anm. 86.
[11]) so Riezler S. 119/20; Planck § 634 A. 4; Kisch S. 173.
[12]) so Dernburg, S. 499, III. 1.
[13]) Crome, § 265 N. 58.

Zeitpunkt, da das Werk entweder wirklich abgeliefert oder mangels Abnahme zur Verfügung des Bestellers gestellt wurde, bei nicht abnahmefähigen Werken den Zeitpunkt der Vollendung für den richtigen. Oertmann[14]) endlich legt die Zeit der Herstellung zu Grunde. Sie alle begründen ihre Ansicht damit, daß ja zur Zeit des Vertragsabschlusses ein mangelhaftes Werk noch gar nicht existiere oder wenigstens es meist unerforschlich bleiben werde, was damals ein mangelhaftes Werk solcher Beschaffenheit gekostet hätte. Jedoch ist m. E. kein zwingender Grund vorhanden, von dem in § 471 angegebenen Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzuweichen. Denn einmal hätte man dann eine ausdrückliche diesbezügliche Bemerkung in § 634, Abs. IV erwarten dürfen, und außerdem braucht ja auch bei der Minderung des Kaufpreises der Mangel beim Kaufabschluß noch gar nicht vorhanden gewesen zu sein, da der Verkäufer nur dafür haftet, daß die Sache zur Zeit des Uebergangs der Gefahr mangelfrei ist; und gleichwohl ist in § 471 der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend.

Es wurde oben erwähnt, daß, wenn es sich bei einem einheitlichen Werkvertrag um mehrere Sachen handelt und nur einzelne mangelhaft sind, nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden kann. Anders jedoch gestaltet sich die Sachlage, wenn der Werkvertrag über die mehreren Sachen als zusammengehörende geschlossen wurde. Dann gelten die mehreren Sachen in Ansehung der Wandelung gewissermaßen als eine Sache, gemäß § 469 S. 2, d. h. es kann dann jeder Teil verlangen, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, vorausgesetzt, daß die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können. Wann liegt nun aber eine solche Zusammengehörigkeit der mehreren Sachen vor? Jedenfalls kann sie aus der Bestimmung einer Gesamtgegenleistung des Bestellers nicht schon gefolgert werden, was sich auch aus dem Wortlaut des § 469 Satz 1 und 2 selbst ergibt, ebensowenig aus der Einheit des Geschäftsschlusses. Aber auch der sonst im Gesetz manchmal erwähnte Ausdruck des Sachinbegriffs oder der Sachgesamtheit (§§ 92, 260, 1035) kann nicht entscheidend sein, da es bei diesen den Vertragsschließenden nicht immer auf das Zusammenbleiben aller Sachen ankommt. Es ist vielmehr lediglich die Behandlung der Sachen als zusammengehörende durch die Vertragsschließenden, also vor allem der Gebrauchszweck der Sachen maßgebend. Aber auch wenn diese Voraussetzung der Zusammengehörigkeit vorliegt, kann gemäß § 469 Satz 2 jeder Teil die Ausdehnung der Wandelung auf alle Sachen nur dann verlangen, wenn er ein berechtigtes Interesse daran hat, nämlich dann, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können. Beide Voraussetzungen werden sich meistens decken, müssen es aber durchaus nicht. So z. B. werden die zehn letzten Jahrgänge der D. Jur.-Zeitung, die jemand einem Buchbinder zum Einbinden gibt, als zusammengehörig zu betrachten sein, während

[14]) Oertmann, § 634 Nr. 4a.

der eine Jahrgang, der vielleicht zufällig einen andern als den zugesicherten Luxuseinband bekommen hat, sodaß er nicht zu den andern paßt, sehr wohl ohne Nachteil für den Besteller von den andern neun getrennt werden kann. Da das Einbinden des Einzelbandes im Verhältnis auch nicht teurer zu stehen käme, so bezieht sich die Wandelung nur auf diesen einen Band.

Gemäß § 170 erstreckt sich die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache auch auf die Nebensache. Ist jedoch nur die Nebensache mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden. Diese Bestimmung scheint einen Unterfall des § 469 Satz 2 zu behandeln. Denn Haupt- und Nebensache werden wohl immer im Sinne der Vertragschließenden als zusammengehörend zu betrachten sein. Da nun die mangelhafte Hauptsache in der Regel nicht ohne Nachteil von der Nebensache getrennt werden kann, so ist in § 470 Satz 1 bestimmt, daß in diesem Fall sich die Wandelung ohne weiteres auch auf die Nebensache erstrecken soll. Diese Bestimmung geht weiter als die in § 469 Satz 2, wo ein ausdrückliches Verlangen der einen Partei oder beider erfordert wird. Da anderseits die mangelhafte Nebensache fast stets ohne Nachteil oder wenigstens ohne nennenswerten Nachteil von der mangelfreien Hauptsache getrennt werden kann, so kann nach § 470 Satz 2 nur in Ansehung der Nebensache Wandelung verlangt werden. Diese Bestimmung ist enger als die in § 469 Satz 2; es hilft kein gegenteiliges Verlangen der einen etwa benachteiligten Partei. Wann nun eine Sache als Nebensache zu betrachten ist, kann nicht nach allgemeinen Regeln beantwortet werden. Der Begriff deckt sich nicht mit dem des Zubehörs (§ 97), ist aber auch nicht allein nach der Verkehrssitte zu bestimmen, wie Fischer-Henle[15]) meint; sondern es entscheidet der Umstand, daß die Sache neben der andern nach dem Inhalt des einzelnen Vertrags d. h. im Sinne der Vertragschließenden von untergeordneter Bedeutung ist. Die Berechnungsart bei der Wandelung in Ansehung der Nebensache ist dieselbe wie im Falle des § 469 Satz 1, nämlich es ist der Gesamtpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Gesamtwert der Haupt- und Nebensache in mangelfreiem Zustande zu dem Wert der Hauptsache gestanden haben würde.

εε. Die Minderung im Einzelnen.

Dieselbe Rechnungsmethode wie soeben ist anzuwenden bei der Minderung. Es verweist das Gesetz hierzu auf die §§ 472 bis 475. Im gemeinen Recht war beim Kauf die Frage, wie die Preisminderung zu berechnen sei, streitig. Nach der einen Methode, der absoluten, wurde der gegenwärtige wirkliche Wert der mangelhaften Sache berechnet und die Differenz vom Kaufpreis abgezogen. Nach dieser Berechnungsweise kam man zu einem gerechten Ergebnis nur dann, wenn der Kaufpreis mit dem Wert der (mangelfreien) Sache übereinstimmte. War jedoch die Sache

[15]) Fischer-Henle § 470 Anm. 2.

zu teuer gekauft worden, so wurde der Betrag der Minderung nunmehr zu groß, und umgekehrt, war billig gekauft worden und war vielleicht die Sache in mangelhaftem Zustand noch ebensoviel wert als damals der Kaufpreis betrug, so wurde dieser gar nicht gemindert. Zu ähnlichen unbilligen Ergebnissen kam man bei der andern absoluten Methode, wo die Differenz zwischen dem Werte der Sache im mangelfreien Zustand und dem Wert der mangelhaften Sache vom Kaufpreis abgezogen wurde. Hier konnte bei billigem Einkauf durch die Preisminderung der Kauf zu einer Schenkung werden. Diesen beiden absoluten Methoden stand die viel gerechtere relative gegenüber, die auch für das bürgerliche Gesetzbuch maßgebend wurde. Darnach ist, gemäß § 472 Abs. I auf den Werkvertrag angewandt, die bei Abschluß des Werkvertrags vereinbarte Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werks in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde. Ist z. B. der wirkliche Wert des Werks ohne den Mangel (also etwa mit den zugesicherten Eigenschaften) = a, mit dem Mangel = b, der vereinbarte Preis = c, so ergibt sich mithin der geminderte Preis x aus der Gleichung: $a : b = c : x$, also: $x = \frac{b\,c}{a}$

Ist das Werk zu einem normalen Preis bestellt worden, ist also a = c, so ergibt sich, das x = b ist, gleich dem Wert des mangelhaften Werks. Der Vorzug der relativen Methode zeigt sich jedoch vor allem in den Fällen, wo der Werkvertrag zu einem höheren oder geringeren als dem normalen Preis abgeschlossen wurde; z. B. jemand übernimmt für einen andern den Bau einer Villa in einer bestimmten Bauart zum Preise von 120,000 Mk. Der wahre objektive Wert wäre jedoch nur 80,000 Mk., sodaß der Unternehmer einen Profit von 40,000 Mk. zu machen gedenkt. Nun mißlingt dem Unternehmer die betreffende Bauart, sodaß die Villa in Wirklichkeit nur einen Wert von 60,000 Mk. repräsentiert. Der vereinbarte Preis ist dann um ein Viertel zu mindern und beträgt also dann 90,000 Mk., ist also immer noch größer als der objektive Wert der mangelfreien Villa wäre. Der maßgebende Wert, sowohl der mangelfreien wie des mangelhaften Werks, ist der zur Zeit des Vertragsschlusses.[1]) Inzwischen eintretende zufällige Verschlechterungen treffen also, anders als bei der Wandelung, den Besteller. Wird jedoch der Vertragspreis durch Umstände bestimmt, die erst nach dem Vertragschlusse eintreten, soll etwa nach der Vereinbarung der Parteien der Preis nach dem Zeitpunkt der Lieferung bemessen werden, so ist der Wert dieses späteren Zeitpunktes maßgebend.[2]) Die Schätzung selbst erfolgt nach freiem Ermessen des Richters, er darf dabei nicht, wie man vielleicht annehmen könnte, als objektiven Wert der mangelhaften Sache den Betrag einstellen, den der Besteller bei der etwaigen Weiterveräußerung

[1]) vgl. oben S. 73.
[2]) vgl. Cosack I. S. 443; Planck § 472 Nr. 2.

des Werks erhalten hat. Denn das ist ein actum inter alios, das den Unternehmer nichts angeht.[3])

Zu solchen Veräußerungen sowie auch zum Verbrauch des Werks ist der Besteller befugt auch bei Kenntnis des Mangels. Er verliert dadurch nicht sein Recht auf Minderung des Preises; dies ergibt sich aus dem Wesen dieses Anspruchs.

Nach § 472 Abs. II ist, wenn bei mehreren Werken die Minderung sich nur auf einzelne erstreckt, bei der Herabsetzung des Preises der Gesamtwert aller Sachen zu Grunde zu legen. Es ergibt sich daraus, daß die Wertminderung, welche ein Werk durch den Mangel eines mitbestellten erleidet, dem Besteller bei der Minderung zugute kommt. Das Gesetz setzt allerdings als Bedingung die Vereinbarung eines Gesamtpreises für die mehreren Werke; aber auch wenn sie zusammengehören und kein Gesamtpreis dafür vereinbart wurde, wird man diese Bestimmung analog anwenden dürfen. Denn „ob die Parteien die eine oder andere Fassung wählen, ist etwas zufälliges und kann füglich verschiedene Folgen nicht haben".[4]) Auch Planck[5]) kommt zu demselben Ergebnis mit der Begründung, daß sonst der Besteller stets zur Wahl der Wandelung genötigt sein würde, was als der Absicht des Gesetzes nicht entsprechend angesehen werden müsse. Anderer Ansicht ist Cosack[6]), der hier, wie sich aus seinem angeführten Beispiel ergibt, streng scheidet zwischen den beiden Begriffen Zusammengehörigkeit und Gesamtpreis.

Bei der Berechnung und Vergleichung des Werts des Werks in mangelfreiem und mangelhaftem Zustand, gemäß §§ 471, 472, ist übrigens wohl darauf zu achten, was eigentlich Gegenstand des Werkvertrags ist. Man wird nämlich geneigt sein, an Stelle des „Wertes der Sache" in § 472 und 471 beim Werkvertrag einfach den „Wert der verarbeiteten Sache" zu setzen. Wenn es sich nun um eine wirkliche Verarbeitung, um die Herstellung einer vollständig neuen Sache handelt, so mag dies stimmen. Ist jedoch Gegenstand des Werkvertrags etwa eine bloße Bearbeitung einer Sache, eine Arbeit an einer Sache, z. B. das Anstreichen eines Hauses, so wird man nicht den Wert des Hauses, gut bemalt und schlecht bemalt, berechnen und vergleichen dürfen, sondern nur den Wert des Anstrichs, da eben nur darin das Werk besteht. Ob der Werkvertrag eine solche Bearbeitung oder eine Verarbeitung einer Sache darstellt, ob also der Wert der Sache mitberechnet wird, wird sich oft nur schwer entscheiden lassen.

Wurde bei der Vereinbarung der Vergütung ausgemacht, daß der Preis zum Teil bar bezahlt, zum Teil gestundet werden soll, so hat die in §§ 471 und 472 vorgeschriebene Herabsetzung des Preises beide Teilsummen verhältnismäßig zu treffen. Gleiches gilt für den Fall, daß die Vergütung teils in Geld, teils in vertretbaren Sachen besteht. Dies ergibt sich aus dem Prinzip des § 472 und

[3]) vgl. RG Bd. 17 S. 65.
[4]) so Dernburg, Seite 84.
[5]) Planck, Seite 382.
[6]) Cosack, Seite 446.

besonders auch aus § 473, der diesen Fall ausdrücklich von seinem Geltungsgebiet ausschließt. In § 473 sind nämlich besondere Bestimmungen gegeben, die den Schwierigkeiten begegnen sollen, welche die Durchführung des Grundsatzes der §§ 471 und 472 bereiten kann, wenn neben dem in Geld festgesetzten Preis Leistungen bedungen sind, „die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben". Bei diesen Worten des Gesetzes könnte man zweifeln, ob unter diesen Leistungen nur „nicht vertretbare Sachen" gemeint sind oder ob alle möglichen sonstigen Leistungen außer „vertretbaren Sachen", also vor allem auch Dienste darunter fallen. Es ist aber, mit der Denkschrift[7]) und der herrschenden Meinung, wohl letzteres anzunehmen, da sonst im Gesetz eine Lücke entstünde.[8]) Diese Leistungen sind nun, nach § 473, in Geld zu veranschlagen, wobei wiederum der Wert zur Zeit des Vertragsschlusses zu Grunde gelegt werden soll.[9]) Der hierfür gefundene Geldbetrag wird nun aber nicht herabgesetzt, sondern nur der von vornherein in Geld festgesetzte Preis. Und auch wenn dieser nicht ausreicht, bleiben dennoch die andern Leistungen des Bestellers voll bestehen, der Unternehmer muß jedoch dann den Betrag, um den der in Geld festgesetzte Preis zur Minderung nicht ausreichte, dem Besteller zurückbezahlen (§ 473). Z. B. ein Landwirt läßt auf der Dreschmaschine sein Korn dreschen. Als Vergütung wird vereinbart zur Hälfte Geld, nämlich 20 Mark, zur andern Hälfte soll der Landwirt dem Dreschmaschinenbesitzer 4 Aecker pflügen. Wird das Korn nun so schlecht gedroschen, daß der Landwirt um drei Viertel mindern darf, so fällt zunächst die Hälfte der Vergütung, die in Geld bestand, die 20 Mark, weg, der Landwirt muß die 4 Aecker pflügen und bekommt hierfür noch die Hälfte des Wertes, den seine Dienstleistungen repräsentieren, 10 Mark, ersetzt.

Beim Werkvertrag ist nun aber leicht möglich, daß die Vergütung für das Werk überhaupt nicht in Geld besteht, da dies ja keineswegs für den Werkvertrag wesentlich ist, was vor allem aus § 641 Abs. II ersichtlich ist, sondern etwa in Dienstleistungen. Auch dieser Fall wird im Sinne des § 473 zu entscheiden sein. Ein Abzug kann dann überhaupt nicht erfolgen. Der Unternehmer muß vielmehr die betreffenden Leistungen des Bestellers zum Teil, nämlich entsprechend der Differenz, um die gemindert werden sollte, vergüten. Allerdings wird dieser Fall wohl nur selten praktisch werden. Es werden vielmehr die Parteien entweder eine andere Lösung vereinbaren oder der Besteller wird zurücktreten.

Es wurde schon oben[10]) bemerkt, daß zum Unterschied von der Wandelung bei einer Mehrheit von Beteiligten auf einer Seite Minderung von jedem oder gegen jeden verlangt werden kann.

[7]) vgl. Denkschrift, Seite 67.
[8]) vgl. Kisch, a. a. O. Seite 176.
[9]) vgl. oben Seite 73.
[10]) vgl. oben Seite 67, 68.

Diese Bestimmung findet sich in § 474. Wie gestaltet sich nun aber die Sachlage, wenn diese mehreren Beteiligten Gesamtschuldner bezw. Gesamtgläubiger sind? Angenommen, es sind mehrere Unternehmer, die als Gesamtgläubiger den vereinbarten Preis zu fordern haben. Die Minderung ist dann, vom Standpunkt der Vertragstheorie aus, als ein teilweiser vereinbarter Erlaß der Vergütung zu betrachten. Es kommen also dann die §§ 429 Ab. III und 423 zur Anwendung, wonach der zwischen einem Gläubiger und dem Schuldner vereinbarte Erlaß auch für die übrigen Gläubiger wirkt, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten. Er wirkt also im allgemeinen subjektiv, d. h. für den einen Gläubiger, dagegen objektiv nur kraft einer dahingehenden ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Absicht. Verlangt also im ersteren Falle ein anderer Gläubiger als derjenige, dem gegenüber die Minderung vollzogen wurde, die Vergütung, so kann ihm der Besteller nicht die vollzogene Minderung entgegenhalten, sondern nur ein ihm gegen diesen Unternehmer zustehendes Minderungsrecht. Wirkt dagegen der teilweise Erlaß d. h. die Minderung objektiv, so kann auch einer der andern Unternehmer nur die geminderte Vergütung verlangen. Entsprechend gestaltet sich die Sachlage, wenn ein Unternehmer und mehrere Besteller, die als Gesamtschuldner die vereinbarte Vergütung zu zahlen haben, als Parteien beim Werkvertrag in Frage kommen. Wirkt also die Minderung subjektiv d. h. nur für den Besteller, der sie verlangte, so kann sich, wenn von einem der übrigen Besteller Vergütung verlangt wird, derselbe nicht auf diese Minderung berufen, sondern er muß ein eigenes Minderungsrecht geltend machen. Wurde die Minderung mit objektiver Wirkung vollzogen, d. h. mit Wirkung für alle Besteller, so kann der Unternehmer von jedem der Besteller auch nur den geminderten Preis verlangen.

Der § 474 Abs. I ist nun nicht so zu verstehen, daß der Besteller kumulativ jedem der mehreren Unternehmer gegenüber, bezw. daß jeder der mehreren Besteller kumulativ neben den andern den ganzen Minderungsanspruch geltend machen könnte, sondern das Recht erschöpft sich natürlich durch seine einmalige vollständige Geltendmachung wegen des betreffenden Mangels. Es ergibt sich aber aus § 474 Abs. II, daß auch die Wandelung ausgeschlossen ist mit der Vollziehung der Minderung seitens eines von mehreren Bestellern, und zwar nicht nur für diesen, der die Minderung geltend machte, denn das ergibt sich ja schon aus § 465, sondern auch für alle übrigen Besteller. Dies folgt aus dem in § 356 ausgesprochenen Prinzip der Unteilbarkeit des Wandelungsrechts.

Soeben war von der Geltendmachung des Minderungsrechts bei einer Mehrheit von Werken sowie bei einer Mehrheit der Beteiligten die Rede. Es ist nun noch die Mehrheit der Mängel zu berücksichtigen. Bei der Wandelung war dies überflüßig, da, wenn einmal gewandelt wurde und sich später noch andere vom

Unternehmer zu vertretende Mängel des Werks herausstellen, deshalb keine weiteren Rechte mehr geltend gemacht werden können. Der entsprechend geltende § 475 heißt: Durch die wegen eines Mangels erfolgte Minderung wird das Recht des Käufers, wegen eines andern Mangels Wandelung oder von neuem Minderung zu verlangen, nicht ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus der Natur dieses Anspruchs. Daß der Mangel erst später entdeckt wurde, ist im Gegensatz zum Entwurf I (§ 393) nicht Voraussetzung dieser erneuten Minderung bezw. der Wandelung. Es wird aber im einzelnen Fall zu prüfen sein, ob nicht ein Verzicht auf die Geltendmachung des schon früher entdeckten, bei der ersten Minderung nicht erwähnten Mangels anzunehmen ist. Entscheidet sich nach erfolgter Minderung der Besteller beim zweiten Mangel für die Wandelung, so ist mit der „Rückgewähr des Preises" natürlich der durch die frühere Geltendmachung des Minderungsanspruchs herabgesetzte Preis gemeint. Welcher Wert ist jedoch bei erneuter Minderung der Proportion des § 472 zu Grunde zu legen? Darüber besteht in der Literatur Streit. Nach Neumann[11]) ist durch die erste Minderung dem ursprünglichen Vertrag hinsichtlich der Vergütung ein anderweiter Vertragsinhalt gegeben. Es sei deshalb bei erneuter Minderung oder nachträglicher Wandelung nunmehr der abgeänderte Vertrag maßgebend. Bei dieser Auffassung braucht man nicht, wie Dernburg[12]) augenscheinlich mit seiner Bemerkung hierzu: „Das heißt die Vertragskonstruktion des § 465 zu Tode hetzen", meint, Anhänger der Vertragstheorie zu sein; Neumann ist es ja auch gar nicht.[13]) Nach der Ansicht Dernburgs, dem auch Planck sowie Crome[14]) folgt, ist bei der zweiten Minderung die ursprüngliche Vergütung nach dem Verhältnis herabzusetzen, in dem das Werk zur Zeit des Vertragsschlusses ohne die beiden Mängel zu dem wirklichen Werte mit den beiden Mängeln gestanden haben würde. Diese Berechnungsweise ist praktisch umständlicher, dürfte aber genauer als die obige erscheinen, was auch Oertmann zugibt. Sie steht nicht nur nicht im Widerspruch mit dem Gesetz — das Gesetz regelt ja diesen Fall nicht! — sondern schließt sich vielmehr enger als die andere Methode an das Gesetz an insofern, als hierbei wie in § 472 der „Zeitpunkt des Vertragsschlusses" und der dem „Kaufpreis" entsprechende Betrag maßgebend ist. Der Ansicht Dernburgs liegt außerdem wie auch in § 472 der richtige Gedanke zu Grunde, daß der Besteller, wenn er gewußt hätte, daß er ein mangelhaftes Werk erhalten würde, die Vergütung für das Werk in dem Verhältnis geringer bemessen haben würde, in welchem der Wert eines mangelhaften Werkes der fraglichen Art zur Zeit des Abschlusses des Werkvertrages geringer ist als der Wert eines mangelfreien Werks.

---

11) Neumann, zu § 475; ebenso auch Oertmann, § 475 A 2 b.
12) Dernburg, S. 83 A 8.
13) vgl. oben Seite 58.
14) Planck, § 475 A 1; Crome, S. 471.

γ. Der Anspruch auf Schadensersatz.

Es ist nun noch der letzte Anspruch des Werkbestellers zu erwähnen, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Derselbe ist im Gesetz behandelt in § 635. Es heißt dort: Beruht der Mangel des Werks auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Besteller statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Wie man hieraus sieht, ist die Schadensersatzpflicht des Unternehmers wesentlich anders geregelt als die des Verkäufers. Letzterer haftet nämlich, nach § 463, ohne Rücksicht auf Verschulden beim fehlen zugesicherter Eigenschaften, sonst jedoch nur bei arglistigem Verschweigen des Mangels auf Schadensersatz. Der Unternehmer dagegen haftet auch beim fehlen zugesicherter Eigenschaften nur, aber auch bei sonstigen Mängeln schon, wenn er den Mangel zu vertreten hat. Was versteht das Gesetz nun unter diesem „Vertreten"? Der Ausdruck ist offenbar nicht derselbe wie „Verschulden", denn sonst hätte der Gesetzgeber keine Ursache gehabt, von diesem Wort abzugehen. Er ist vielmehr weiter zu fassen. Was der Unternehmer zu vertreten hat, ist zunächst aus den besonderen Bestimmungen des Werkvertrags zu erforschen. Man könnte darnach, wie anscheinend Kuhlenbeck[1]), aus § 644 schließen, daß der Unternehmer bis zur Abnahme des Werks die Gefahr trage und daher mit der dort erwähnten Ausnahme auch zufällige Ereignisse zu vertreten habe, also dem Besteller hierfür nach § 635 auf Schadensersatz hafte. Diese Gefahrtragung in § 644 hat jedoch, wie auch sonst im Gesetz[2]), nur den Sinn, daß der Unternehmer bei früherem Untergang seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliert, nicht auch, daß er dem Besteller auf das Erfüllungsinteresse haftet.[3]) Es ist also in unserem Zusammenhang das Wort „vertreten" nicht passiv aufzufassen i. S. von „Schaden erleiden für. . .", sondern vielmehr aktiv i. S. von „verantwortlich sein für. . .", „aufkommen für. . .". — Da nun aus den Bestimmungen des Werkvertrags nichts besonderes über die Vertretungspflicht zu erfahren ist, muß man auf die allgemeinen Vorschriften des Gesetzes zurückgehen. Darnach hat der Unternehmer zunächst nach § 276 jedes eigene Verschulden, d. i. Vorsatz und Fahrlässigkeit, zu vertreten, sowie nach § 278 auch dasjenige von Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit, also zur Herstellung des Werks, bedient, sowie dasjenige seines etwaigen gesetzlichen Vertreters. Dies ist auch ganz billig so. Denn wenn der Unternehmer Gehilfen zuzieht, so tut er dies auf eigene Gefahr hin; es ist seine Verbindlichkeit, die zu erfüllen ist. Außerdem ist er, gemäß § 287 Abs. II, für die während des Verzugs (bei Herstellung des Werks, vgl. § 636!) durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung, worunter auch kasuelle Verschlechterung zu zählen ist, verantwortlich. Es

[1]) Kuhlenbeck, Pandecten, S. 277.
[2]) vgl. §§ 446, 447, 588.
[3]) vgl. Goldmann-Lilienthal § 644 Nr. 5.

kann nun aber die durch diese ja meist dispositiven Vorschriften begründete gesetzliche Haftung vertragsmäßig noch gesteigert werden bis zur Uebernahme der vollen Garantie. In diesem Falle wird auch für Zufall gehaftet. Es ist nun aber hierbei genau zu unterscheiden, ob auch wirklich eine Garantieübernahme für die mangelfreie Herstellung des Werks oder eine Garantie für den mangelfreien Zustand des Werks während einer gewissen Zeit nach der Herstellung vorliegt. Bei der ersteren Art der Garantieübernahme, die ja für uns hier allein in Betracht kommt, fragt es sich, ob schon in der Zusicherung von Eigenschaften eine solche zu erblicken ist. Darüber herrscht in der Literatur Streit. Neumann[4]) bejaht dies für den Regelfall, während Goldmann-Liliental[5]), Cosack, Oertmann und Planck[6]) dies verneinen. Nach letzterem muß, damit eine Garantieübernahme vorliegt, der Unternehmer außer der Zusicherung der Eigenschaften ausdrücklich oder stillschweigend die Verpflichtung übernommen haben, für die Folgen des Mangels einzustehen. In OLG Bd. 7 S. 479 wird die Schadensersatzpflicht wegen zugesicherter Eigenschaften deshalb bejaht, weil § 463 analoge Anwendung finden müsse; dies aus dem Grunde, da § 635 die Haftung gegenüber dem Kaufe nicht beschränke, sondern umgekehrt erstrecke. Hierzu sagt Oertmann mit Recht: „Bleibt es beim Werkvertrag zu Ungunsten des Unternehmers bei den allgemeinen Regeln über Vertretbarkeit des Verhaltens, so muß das doch im Zweifel auch zu seinen Gunsten gelten!“ Auch die Motive[7]) stimmen mit dieser herrschenden Ansicht überein, ebenso das Reichsgericht.[8]) — Die Zusicherung von Eigenschaften beim Werkvertrag kann m. E. in Bezug auf ihre Folgen auch deshalb nicht mit der beim Kaufe verglichen werden, weil dort für die (strengere) Haftung ganz andere Gründe mitwirken. Bei der Zusicherung besonderer Eigenschaften handelt es sich, wie oben Seite 62 erwähnt, oft um die Willkür, etwa eine Liebhaberei der Parteien, besonders desjenigen Teils, der sie verlangt. Was den Kauf anbelangt, so ist bei der schon existierenden vom Verkäufer beim Vertragsabschluß angebotenen Sache nun an und für sich meist das Vorhandensein dieser dem Käufer gerade paßenden Eigenschaften immerhin mehr oder weniger Zufall. Es läßt sich deshalb der Käufer vom Verkäufer besonders zusichern, daß die Sache diese Eigenschaften wirklich besitzt. Und in der Erteilung dieser Zusicherung seitens des Verkäufers liegt eben dann die Uebernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft und das Versprechen, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte. Die Haftung für Schadensersatz ohne Rücksicht auf Verschulden ist beim Fehlen dieser Eigenschaften deshalb hier gerechtfertigt, weil man vom Verkäufer beim Verlangen

---

[4]) Neumann, § 635.
[5]) Goldmann-Liliental A 22.
[6]) Cosack S. 542; Oertmann Ziff. 1b; Planck A 2a.
[7]) Motive S. 481.
[8]) vgl. die Beispiele oben, Seite 29.

dieser Zusicherung seitens des Käufers erwarten kann, daß er in der Lage ist, die Sache nunmehr auf diese ihre Eigenschaften zu prüfen, und weil jedenfalls der Unternehmer durch die Erteilung der Zusicherung dem Käufer zu verstehen gab, daß er diese Prüfung vorgenommen hat bezw. daß er auch ohne Prüfung ganz sicher ist, daß die Sache diese Eigenschaften besitzt. Der Käufer wird sich gerade deshalb diese Zusicherung vom Verkäufer erteilen lassen, weil er selbst beim Vertragsschluß nicht in der Lage sein wird, das Vorhandensein dieser Eigenschaften zu prüfen. Er muß sich deshalb auf den Verkäufer verlassen können, der eben in dieser Lage ist oder wenigstens sein soll. Wesentlich ist also hier das Vorhandensein sowohl der Sache als der besonderen Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlusses. Daß die Eigenschaft auch noch später vorhanden sein müsse, etwa zu der Zeit, wo die Gefahr auf den Erwerber übergeht, wird auch schon beim Kauf unter dieser Garantie nicht verstanden, ebensowenig das Versprechen, eine Eigenschaft erst herzustellen.[9]) — Der Unternehmer anderseits ist bei der Erteilung der Zusicherung noch nicht in der Lage, sich das spätere Vorhandensein der Eigenschaft zu vergegenwärtigen. Er kann deshalb dem Besteller auch nicht bestimmt erklären, daß das Werk diese Eigenschaft hat, sondern er verspricht eben nur dem Besteller in gleichem Maße wie die Herstellung des Werks überhaupt das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften und haftet deshalb auch nur in gleichem Maße.

Mit Recht hebt Oertmann[10]) hervor, daß in der ohne genügende Informationen gegebenen Zusicherung leicht ein verantwortlich machendes Verschulden des Unternehmers liegen könne.

Nach § 635 kann also unter dieser Voraussetzung, daß der Unternehmer den Mangel, der übrigens auch unerheblich sein kann, zu vertreten hat, „statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ verlangt werden. Damit ist gesagt, daß auch für diesen Anspruch die in § 634 bezeichneten Voraussetzungen, also regelmäßig eine Fristsetzung — ausgenommen in den Fällen des § 634 Abs. II —, vorliegen müssen. Es ist daher unrichtig, wenn Müller-Meikel[11]) annimmt, daß der Schadensersatzanspruch dann entfällt, wenn der Unternehmer berechtigt ist, die Mängelbeseitigung zu verweigern, weil dieselbe einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. — Aus dem Worte „statt“ ergibt sich auch, daß dem Besteller der Schadensersatzanspruch nicht kumulativ neben der Wandelung oder Minderung zusteht, sondern nur alternativ. Es liegt nach Planck[12]) eine facultas alternativa, kein Wahlschuldverhältnis zwischen diesen Ansprüchen vor, wobei mit Regelsberger[13]) eine facultas alternativa mit Gläubigerwahlrecht als möglich vorausgesetzt wird,

[9]) so auch: Motive S. 229.
[10]) Oertmann, A. 1 b.
[11]) Müller-Meikel, bürg. Recht Bd. I, 1904 S. 518.
[12]) Planck § 635, Anm. 1.
[13]) Regelsberger in Iher Jahrb. Bd. 16 S. 159 ff.

was ja von andern verneint wird. Nach Oertmann liegt weder eine Wahlschuld noch eine facultas alternativa, sondern eine „Wahlmöglichkeit zwischen ganz verschiedenen Ansprüchen" vor, da er sowohl bei der Wahlschuld wie bei der facultas alternativa nur ein Schuldverhältnis annimmt.[14])

Jedenfalls wird aber die Wahl — nach allgemeinen Grundsätzen, nicht wegen § 465, der hier keine Anwendung findet[15]), — nicht schon mit der einseitigen außergerichtlichen Erklärung des Bestellers unwiderruflich[16]), sondern erst mit der Erfüllung. Verlangt der Besteller z. B. Schadensersatz und erfährt dann, daß der Schuldner mittellos ist, oder er merkt, daß der Beweis des Schadens große Schwierigkeiten macht, oder er überzeugt sich während der Verfolgung des Schadensersatzanspruchs, daß der Unternehmer den Mangel gar nicht zu vertreten hat, so würde es oft gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn man ihm dann den Rückgriff auf die andern Ansprüche versagen würde. Kisch[17]) ist hier anderer Ansicht. Er führt aus, der Gläubiger müsse derartige Folgen voraussehen, besitze die rechtlichen Mittel zu ihrer Abwendung und brauche überdies bis zur Leistung der Entschädigung selbst nicht zu erfüllen. Anderseits würde die Widerruflichkeit der Wahl die Lage des Schuldners übermäßig erschweren.

Was ist nun unter diesem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verstehen? Ist es ein Recht auf Ersatz wegen totaler Nichterfüllung unter Ablehnung des vertretbaren mangelhaften Werks[18]), oder ist es in Wahrheit nur Schadensersatz wegen des Mangels, der gemäß § 280 Abs. II nur dann zu einem Anspruch auf das totale Erfüllungsinteresse wird, wenn die Annahme des mangelhaften Werks als Teilleistung für den Besteller kein Interesse hat?[19]). Für die letztere, herrschende Ansicht spricht folgendes:

1) Der Werkvertrag besteht aus der Verpflichtung des Unternehmers, das Werk herzustellen, und der des Bestellers, die Vergütung dafür, Geld, Dienste oder andere Leistungen, zu zahlen. Wenn nur der Unternehmer blos ein mangelhaftes Werk herstellt, so entsteht in diesem gegenseitigen Vertragsverhältnis eine Lücke, die durch den Schadensersatz ausgefüllt wird. Im übrigen bleibt also der Vertrag und besonders die beiderseitigen Verpflichtungen bestehen.

2) Der Besteller kann bei der hier vertretenen Ansicht auch das Ergebnis der anderen Theorie leicht dadurch erreichen, daß er den Unternehmer in Verzug der Annahme der Vergütung setzt und dann den Betrag hinterlegt. Oder er kann seine Forderung auf Schadensersatz aufrechnen mit der Vergütung.

---

[14]) Oertmann, Vorbem. zu §§ 262/5 Anm. 1.

[15]) a. A.: Seuff. Arch. Bd. 59 S. 438.

[16]) so Cosack, S. 450, und früher Planck, der die für alternative Schuldverhältnisse geltende Vorschrift des § 263 zwar nicht direkt (vgl. oben), aber entsprechend anwenden wollte, aus Gründen von Treu und Glauben.

[17]) Kisch, a. a. O. Seite 159.

[18]) so Staudinger A. 1 b; RG Bd. 50 S. 255; Bd. 52 S. 152; Bd. 53 S. 11, 89; Schöller in Gruch. Beitr. 44 S. 603; 45 S. 511 ff.

[19]) so vor allem Kisch in Iher Jahrb. 44 S. 68 ff. und ihm folgend Planck § 635, 325, ebenso Oertmann § 635 A. 2 b, RG Bd. 58 S. 177 und der 27. d. Juristentag 4 S. 112 ff., 627 ff.

3) Es wäre hart, wenn wegen jeden kleinen Mangels — zwischen erheblichen und unerheblichen Mängeln wird im Gegensatz zu § 634 in § 635 kein Unterschied gemacht — der ganze Vertrag als aufgehoben zu betrachten wäre und der Unternehmer das ganze Werk völlig umsonst gemacht hätte, für das er vielleicht gerade mit Rücksicht auf die besondere Liebhaberei des Bestellers (bei zugesicherten Eigenschaften!) viel Mühe und Arbeit aufgewandt hat, und das er, weil es besonders auf den Besteller zugeschnitten war, nun nicht anderweitig verwenden kann. (Auch beim Wandelungsanspruch wird ja der ganze Vertrag aufgehoben, aber dort bekommt er wenigstens einen Ersatz für seine Arbeit.[20]) Diese Härte zeigt sich besonders drastisch bei der Miete, wo ja nach § 538 auch dieser Schadensersatz wegen Nichterfüllung" verlangt werden kann. Soll man hier annehmen, daß der Vermieter vielleicht $^3/_4$ der Mietszeit dem Mieter völlig umsonst den Gebrauch der Sache überlassen muß, weil er sich einen nur unerheblichen Fehler hat zu Schulden kommen lassen, und außerdem erst noch für das volle Erfüllungsinteresse des Mieters aufkommen muß? Dies kann unmöglich der Gesetzgeber gewollt haben.

4) Wenn der Gesetzgeber in § 635 beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung an eine Aufhebung des ganzen Vertrags gedacht hätte, so hätte er sich unmittelbar nach dem § 634, der doch auch von einer Rückgängigmachung des ganzen Vertragsverhältnisses spricht, und erst recht beim Vergleich mit der Wandelung im selben Satze sicher anders ausgedrückt.

5) Kisch begründet seine Ansicht — zwar nicht speziell in Bezug auf § 635, sondern auf den Schadensersatz im allgemeinen bei gegenseitigen Verträgen, was jedoch keinen Unterschied macht — u. a. auf induktivem Wege und widerlegt die gegnerische Auffassung durch Hinweis einmal auf den Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung sowie weiter auf das Verhältnis dieses Rechtsbehelfs zum Rücktritt.

Man wird also mit der herrschenden Meinung annehmen, daß der Vertrag im übrigen bestehen bleibt und der Besteller den Schadensersatz nur gegen Bewirkung der ihm obliegenden Gegenleistung verlangen kann. Daraus folgt aber natürlich noch nicht, daß auch der Unternehmer die Gegenleistung gegen Ersatz des Schadens zu fordern berechtigt wäre. Es handelt sich vielmehr nur um ein Recht des Bestellers. Erst, wenn dieser in bindender Weise Schadensersatz gewählt hat, kann auch der Unternehmer die sich hieraus ergebenden Rechte geltend machen. — Bei der Berechnung des Schadens ist also die Differenz zu suchen zwischen dem Wert des mangelhaften Werks und dem Werte, den es für den Besteller in mangelfreiem Zustande gehabt hätte; außerdem können noch andere Vermögensnachteile in Betracht kommen, z. B. Ausfälle und andere Schäden bei Benutzung des Werks, Zinsen von aufgewendeten Geldern usw. Wie oben angedeutet, kann der

[20]) vgl. oben S. 50.

Anspruch, wenn das Werk infolge seiner Mangelhaftigkeit für den Besteller nicht brauchbar ist, auch auf Zurücknahme der Sache gehen.[21])

Ferner wird man eine Schadensersatzpflicht des Unternehmers auch dann annehmen, wenn er es schuldhaft unterläßt, einen das Werk gefährdenden Fehler anzuzeigen, den er an dem ihm vom Besteller gelieferten Stoff entdeckt und von dem er voraussetzen muß, daß er dem Besteller unbekannt geblieben ist. Damit soll jedoch nicht allgemein eine Prüfungspflicht des Unternehmers gefordert werden. Dies kommt vielmehr auf den einzelnen Fall an. Wenn der Unternehmer auch für die Prüfung des Stoffes als Sachkundiger erscheint, wird sie meist zu bejahen sein, und umgekehrt wird sie dann zu verneinen sein, wenn der Besteller Sachkundiger ist und der Unternehmer nicht, z. B. Fabrikant und Arbeiter.[22])

Bei einer Mehrheit von Mängeln wird wohl der in § 634 für anwendbar erklärte § 475 auch für den Schadensersatzanspruch in Betracht kommen müssen. Auch hier wird für die Proportion aus denselben Gründen wie bei einer erneuten Minderung[23]) der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend sein.

c) Ausschluß dieser Ansprüche durch

a. Vereinbarung nach § 637.

Bisher wurde von der gesetzlichen Haftung des Unternehmers für Mängel des Werks gesprochen. Diese Vorschriften des Gesetzes nun sind dispositiver Natur, können also von den Parteien durch ausdrückliche wie stillschweigende Vereinbarungen in der verschiedensten Weise modifiziert werden. Nur eine Schranke stellt das Gesetz auf, in § 637. Darnach ist eine solche Vereinbarung, durch die die Verpflichtung des Unternehmers, einen Mangel des Werkes zu vertreten, erlassen oder beschränkt wird, nichtig, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt. Dieselbe Bestimmung kommt auch beim Kaufe sowie bei der Miete vor.[1]) Auch schon im alten Recht war ein solches pactum de dolo non praestando verboten.[2]) Arglistiges Verschweigen ist mehr als blos vorsätzliches Verschweigen. Blos vorsätzlich ist das Verschweigen des Mangels, wenn der Unternehmer dabei keinen weiteren dem Besteller schädlichen Hintergedanken hatte, z. B. wenn er annimmt, daß der Mangel auch dem Besteller bekannt ist. Arglist dagegen liegt vor, wenn er den Mangel verschweigt, um den Besteller zu täuschen, wenn er also den Mangel verdeckt; aber auch schon dann, wenn er den Mangel verschweigt, indem er weiß, daß der Gegner den Mangel nicht kennt und annehmen muß, daß er nur infolge dieser Unkenntnis das Werk überhaupt oder doch zu den vereinbarten Bedingungen annehmen werde.[3]) Daher wird bei der Zusicherung von Eigenschaften in

---

[21]) vgl. Eccius, Gruch. Bd. 43 S. 336.
[22]) vgl. Mot. S. 486.
[23]) siehe oben S. 80, 81.
[1]) vgl. §§ 443, 476, 540.
[2]) vgl. II. 6 § 9, 11 § 18 D 19, 1.
[3]) vgl. Oertmann, 443, 2; RG in J. W. 1904 S. 113.

der Regel arglistiges Verschweigen des Mangels schon dann vorliegen, wenn sie wider besseres Wissen erteilt ist.[4]) Die Folge dieser arglistigen Täuschung ist nicht die allgemeine des § 123, die bloße Anfechtbarkeit, sondern die Nichtigkeit der Vereinbarung. Daß deshalb nach § 139 auch der ganze Werkvertrag nichtig ist, wird bei Zusicherung von Eigenschaften oft, im Regelfall jedoch nicht anzunehmen sein.

β. Ausschluß durch vorbehaltlose Abnahme des Werks.

Die Mängelansprüche des Bestellers werden auch noch in anderer Weise als durch Vereinbarung ausgeschlossen, so durch vorbehaltlose Abnahme des Werks, gemäß § 640. Der Ausdruck „Abnahme“ kommt im Gesetz und auch bei den Bestimmungen über den Werkvertrag allein öfters vor. Was er im einzelnen Fall zu bedeuten hat, darüber gehen die Meinungen in der Literatur auseinander. Die einen setzen ihn der Annahme d. i. der tatsächlichen Hinnahme gleich.[1]) Jedoch ist sicher, daß das Gesetz die beiden Begriffe „Annahme“ und „Abnahme“ nicht gleichbedeutend gebraucht. Andere sagen, sie sei diejenige Annahme, die eine Billigung des Werks enthalte, „weil ohne eine solche regelmäßig die richtige Erfüllung des Vertrags gar nicht feststeht“.[2]) Bei dieser Auslegung könnte aber der Besteller die in § 638 erwähnte kurze Verjährung, und zwar nicht nur wegen des einen, sondern wegen aller Mängel, ungebührlich verhindern, dadurch daß er bei Annahme irgend einen Mangel behauptet. Nach Cosack[3]) sind Abnahme und Ablieferung korrespondierende Begriffe. Beide bedeuten, dieser vom Standpunkt des Unternehmers, jener von dem des Bestellers aus, diejenige Uebergabe des Werks, die dessen Prüfung durch den Besteller ermöglicht. In diesem Sinne ist „Abnahme“ auch ähnlich der von Planck[4]), Oertmann[5]) und der herrschenden Meinung geforderten „Annahme als Erfüllung, d. h. den Besteller trifft nach § 363 die Beweislast, wenn er die Leistung nicht als vertragsmäßige gelten lassen will.

Bei § 640 Abs. II haben jedoch diese Unterscheidungen keine weitere Bedeutung, da es sich hier nur um Mängel handelt, die der Besteller bei der Abnahme schon kennt. Also positives Kennen ist erforderlich, Voraussehbarkeit des Mangels allein genügt nicht. Eine Verpflichtung, wonach der Besteller einen Mangel, welchen er nach der Abnahme entdeckt, bei Verlust seines Rügerechts dem Unternehmer unverzüglich anzuzeigen hätte, besteht nach dem Gesetze nicht.[6]) Jedoch ist im einzelnen Fall zu prüfen, ob nicht in dem Unterlassen der Anzeige auch hier ein Verzicht auf die Ansprüche wegen dieses Mangels zu finden ist. — Das Gesetz

---

[4]) so auch Planck, zu § 476; Prot. II. Bd. 1 S. 705.
[1]) so Dernburg, § 318 II. 1; § 332 II; Titze, Unmöglichkeit, S. 399 f.; Jakobi in Iher Jahrb. Bd. 45 S. 283.
[2]) Crome S. 689 Nr. 1.
[3]) Cosack S. 538.
[4]) Planck § 640 Nr. 1 a.
[5]) Oertmann, S. 646.
[6]) vgl. Mot. II. S. 491.

versagt dem Besteller in § 640 Abs. II ausdrücklich die Ansprüche aus §§ 633, 634. Hieraus ist zu schließen, daß der Schadensersatzanspruch aus § 635 bestehen bleibt.[7]) Nach Goldmann-Lilienthal[8]) beruht die Auslassung des § 635 hier nur auf einem Versehen der Redaktionskommission der 2. Kommission, was jedoch nicht ohne weiteres angenommen werden darf. Dernburg[9]) will § 635 den §§ 633, 634 deshalb gleichstellen, weil es Treu und Glauben widerspreche, wenn der Besteller trotz Kenntnis des Mangels das Werk vorbehaltlos annimmt und dann später noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen darf. Nach Cosack[10]) soll dem Besteller sein Schadensersatzanspruch in § 640 II nur erhalten bleiben in den Fällen, in denen er dem Unternehmer keine Nachfrist zur Ausbesserung zu setzen braucht; denn in allen andern Fällen diene dieser Anspruch nur als Ergänzung des Ausbesserungsanspruchs und werde deshalb zugleich mit diesem verwirkt. Wenn aber Cosack gewöhnlich den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung als Ergänzung des Beseitigungsanspruchs betrachtet, in den Fällen des § 634 Abs. II aber nicht, so muß er das gleiche doch auch für die Wandelung und Minderung annehmen. Es würden dann also auch die Ansprüche aus § 634 nur in letzteren Fällen dem Besteller erhalten bleiben, was wohl nicht im Sinne des § 640 Abs. II liegt.

Der „Vorbehalt“ der Rechte stellt sich als eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung gemäß § 130 ff dar. Es kann ausdrücklich oder auch durch konkludente Handlungen erfolgen, die den entsprechenden Willen genügend bekunden, da das Gesetz nicht einen über die allgemeinen Regeln hinaus „ausdrücklichen“ Vorbehalt verlangt. Es wird jedoch anzunehmen sein, daß er dem Unternehmer oder seinem legitimierten Vertreter gegenüber erfolgen muß.[11]) Der Vorbehalt braucht nicht unmittelbar „bei der Abnahme“ vorgenommen zu werden. Auch ein früher erklärter Vorbehalt kann die Wirkung des § 640 Abs. II ausüben wenigstens dann, wenn er als bei der Abnahme aufrechterhalten anzusehen ist; diese Wirkung ist dann nicht bedingt durch eine formelle Wiederholung der Vorbehaltserklärung.[12]) Wenn sich der Unternehmer bei Uebergabe des Werks zugleich verpflichtet, den von ihm zugegebenen Mangel später zu beseitigen, bedarf es natürlich keines besonderen Vorbehalts des Bestellers.

γ. Ausschluß durch Verjährung.

Ein Ausschluß der Mängelansprüche des Bestellers kommt schließlich noch in Betracht durch die Verjährung derselben, gemäß §§ 638, 639. Darnach unterliegen sowohl der primäre Anspruch des Bestellers auf Beseitigung des Mangels als auch die subsidiären auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz einer

[7]) so auch Oertmann § 640 N. 6 a; Planck, 3, b.
[8]) Goldmann-Liliental, S. 651 A. 33.
[9]) Dernburg, S. 500 VI.
[10]) Cosack, S. 542 N. 5 f.
[11]) so auch Oertmann § 464 Nr. 3.
[12]) vgl. RG Bd. 58 S. 262/3.

kurzen Verjährung, die sich in der Regel in 6 Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahr, bei Bauwerken in fünf Jahren vollendet. Das BGB teilt also anders ein als das römische Recht, welches die actio redhibitoria in sechs Monaten und die actio quanti minoris in einem Jahre verjähren ließ. Nicht betroffen werden von dieser kurzen Verjährung des § 638 der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen bei Selbstbeseitigung des Mangels gemäß § 633 Abs. III, ferner nicht — nach der Vertragstheorie — die Ansprüche aus der vollzogenen Wandelung und Minderung; endlich schließt § 638 Abs. I die kurze Verjährung selbst aus in dem Falle, wo der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. In diesen Fällen bleibt es bei der ordentlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren, gemäß § 195 BGB. Ueberhaupt keiner Verjährung unterliegt das Recht des Bestellers, wegen nicht rechtzeitiger Herstellung des Werks, gemäß § 636, zurückzutreten sowie die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, da es sich in beiden Fällen nicht um Ansprüche handelt. Besonders bei Arbeiten an einem Grundstück sowie bei Bauwerken kann es nun leicht vorkommen, daß sich ein Mangel erst nach Ablauf der Verjährungsfrist, welche bei Abnahme des Werks beginnt, herausstellt. Dem Besteller sind in solchen Fällen seine Ansprüche abgeschnitten. Derselbe Mißstand ergibt sich, wenn der Besteller dem Unternehmer zunächst nach § 634 I eine Frist zur Beseitigung des Mangels setzt und während dieser die Verjährungsfrist abläuft.[1]) Trotz dieser Bedenken, die auch bei der Abfassung des Gesetzes schon wohl erwogen wurden, hat man damals sich dennoch für eine kurze Verjährung entschieden, hauptsächlich aus denselben Gründen praktischer Zweckmäßigkeit wie beim Kauf, nämlich „weil die Ermittelung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist.“ [2]) — Das Gesetz macht einen Unterschied zwischen Ansprüchen „bei Arbeiten an einem Grundstück“ und solchen „bei Bauwerken“. Unter einem „Bauwerk“ ist eine durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache zu verstehen.[3]) Im Gegensatz zu „Arbeiten an einem Grundstück“ handelt es sich also hier um die Herstellung eines Baues, nicht blos um einzelne Arbeiten an einem bereits hergestellten oder herzustellenden Bau, aber nicht notwendig um einen Neubau, sondern auch um einen Umbau. Der Unterschied kann in manchen Fällen zweifelhaft sein; es ist dann nach der Verkehrsauffassung und dem Zweck der gesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden. Einen artesischen Brunnen sowie einen Doppelröhrentiefbrunnen zählt das Reichsgericht nicht zum Bauwerk.[4]) Arbeiten an einem Grundstück sind z. B. Kanalisations-

[1]) vgl. Mot. S. 487.
[2]) s. Mot. II S. 238.
[3]) s. Fischer-Henle, § 648 A. 2.
[4]) vgl. RG Bd. 56 S. 43; 57 S. 377.

arbeiten sowie Malerarbeiten.[5]) In Bezug auf letztere sind Planck und das Reichsgericht[6]) insofern anderer Ansicht, als nach ihnen auch Ansprüche aus Teilarbeiten an einem Bauwerk, z. B. das Eindecken von Ziegeln oder Malerarbeiten für einen Neubau, erst in fünf Jahren verjähren sollen. Hier handelt es sich aber nicht um selbständige Einrichtungen. — Bei Arbeiten an einem Grundstück oder bei Bauwerken ist es auch belanglos für die kurze Verjährung der Ansprüche, ob der Besteller Eigentümer des Grundstücks oder des Baues ist oder etwa blos ein dingliches Recht daran oder ein obligatorisches Recht hat, z. B. der Mieter einer Wohnung, der sich ein Zimmer tapezieren läßt.

Die Verjährung des § 638 beginnt nicht wie gewöhnlich nach § 198 mit der Entstehung des Anspruchs, sondern mit der Abnahme des Werks, was später oder früher sein kann. Solange der Besteller nun die Abnahme verweigert, kann die kurze Verjährung demgemäß nicht beginnen. Der Unternehmer kann ihn aber nach § 293 in Verzug setzen und dann gemäß § 372 ff das Werk hinterlegen (vorausgesetzt, daß es hinterlegbar ist). Da eine solche Hinterlegung aber nach § 378 zu Gunsten des Unternehmers dieselbe Wirkung ausübt, wie wenn er an den Besteller geleistet hätte, so wird man wohl mit Oertmann[7]) annehmen dürfen, daß eine solche Hinterlegung auch die Verjährung in Gang setzt, obwohl ja die Abnahme durch die Hinterlegung nicht völlig ersetzt wird. Anderseits wird man aber die Verjährung, wenn der Besteller zur Abnahme verurteilt ist, nicht schon mit der Rechtskraft des Urteils beginnen lassen.[8]) Denn die Abnahme i. S. von Annahme als Erfüllung ist nicht eine bloße Willenserklärung, die nach § 894 ZPO durch das rechtskräftige Urteil ersetzt würde, sondern zugleich auch noch eine körperliche Hinnahme, es ist also zum Anfang der Verjährung erforderlich, daß die wirkliche Vollstreckung der Abnahme beginnt.[9])

Nach § 638 Abs. II kann diese Verjährungsfrist durch Vertrag verlängert werden. Dies ist eine Ausnahme von § 225 S. 1, wonach die Verjährung durch Rechtsgeschäft nicht erschwert werden darf. Sie findet sich im Gesetz ebenfalls beim Kauf.[10]) Als solche Verlängerung der Verjährungsfrist ist die im täglichen Leben oft vorkommende Garantieübernahme für eine bestimmte Zeit bei Reparaturen usw. anzusehen. Ob die Verjährung auch über die Dauer der gewöhnlichen Frist von dreißig Jahren hinaus erstreckt werden darf, könnte zunächst zweifelhaft sein. Planck[11]) sowie Goldmann-Liliental[12]) bejahen dies unter Berufung auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Im E. I § 571 hieß es nämlich: Die Frist kann durch Vertrag bis zur ordentlichen Verjährungsfrist verlängert werden. Im E. II § 576 dagegen: Die

[5]) vgl. Dernburg S. 501 A. 19.
[6]) RG Bd. 57 S. 377.
[7]) Oertmann, § 638 Nr. 2a.
[8]) a. A. Staudinger, § 683 Nr. 6.
[9]) so jetzt Oertmann Nr. 2a; Planck Nr. 4.
[10]) vgl. §§ 477, 480, 490.
[11]) Planck Nr. 5a.
[12]) Goldmann-Liliental, S. 653 Nr. 43.

Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden. Die herrschende Meinung, vor allem Oertmann, Dernburg[13]), Crome[14]), nimmt dagegen, und m. E. mit Recht, an, daß die Verjährungsfrist in den beiden Fällen beim Kauf und Werkvertrag nur bis zur ordentlichen Frist von dreißig Jahren vertraglich verlängert werden darf. Wenn die Gegner für ihre Ansicht den Wortlaut des Gesetzes zu Hülfe ziehen und behaupten, weil in § 638 Abs. II keine Einschränkung gemacht sei, müsse deshalb unbeschränkte Verlängerung der Frist als möglich angenommen werden, so kann man umgekehrt auch sagen, wenn das Gesetz durch die §§ 477 Abs. II und 638 Abs. II eine Abänderung des § 225 auch hinsichtlich des Maximums von 30 Jahren gewollt hätte, so hätte es diese Ausnahme entweder in § 225 oder aber wenigstens in den §§ 477 Abs. II und 638 ausdrücklich konstatieren müssen, da aber in Abs. II dieser §§ 477 u. 638 kein weiterer Zusatz gemacht ist, so darf man ohne zwingenden Grund auch nicht annehmen, daß das Gesetz in demselben Paragraphen außer der einen ausdrücklich erklärten Ausnahme von § 225 hinsichtlich der Verlängerungsmöglichkeit der Frist auch noch die andere hinsichtlich des Maximums von dreißig Jahren aufstellen wollte. — Aber zudem, wenn man den Zweck der Bestimmung einer dreißigjährigen Verjährungsfrist in § 225 in Betracht zieht, ist nicht ersichtlich, warum hier eine Ausnahme gemacht werden soll; es ist wohl erklärlich, warum die Parteien die kurzen Fristen von 6 Monaten bezw. ein oder fünf Jahren vertraglich verlängern können, aber nicht, warum über dreißig Jahre hinaus.

Auf die Berechnung der Verjährungsfristen finden die Auslegungsvorschriften der §§ 186 ff Anwendung. Die Wirkung der Verjährung richtet sich nach den §§ 222 bis 224. Darnach ist der Unternehmer nach Ablauf der Verjährung vor allem berechtigt, die Beseitigung des Mangels zu verweigern. Hat er jedoch etwa in Unkenntnis der Verjährung den Mangel beseitigt oder Schadensersatz gezahlt oder Wandelung bezw. Minderung über sich ergehen lassen, so kann er das Geleistete nicht wieder zurückfordern. Hat sich der Besteller zur Sicherung seiner Ansprüche Rechte übertragen lassen, so kann der Unternehmer nicht deren Rückübertragung verlangen auf Grund der Verjährung dieser Ansprüche (§ 223). Zugleich mit dem Hauptanspruch verjährt auch der Anspruch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht vollendet ist (§ 224). — Für die Unterbrechung der Verjährung sind maßgebend zunächst die §§ 208 bis 220. Es handelt sich hierbei um die Anerkennung sowie ordentliche und außerordentliche gerichtliche Geltendmachung. Außer den bei diesen allgemeinen Vorschriften aufgezählten Unterbrechungsgründen kommt aber gemäß §§ 639, 477 Abs. II noch die gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises nach ZPO § 485 f in Betracht. Eine solche kann vom Besteller verlangt werden,

[13]) Dernburg, S. 501 Nr. 4.
[14]) Crome, S. 687 Nr. 66.

wenn entweder ein Mangel eines Werks festzustellen ist (§ 488) oder sonst die Einnahme eines Augenscheins oder Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen erfolgen soll, wobei aber Voraussetzung ist entweder die Besorgnis, daß das Beweismittel verloren geht oder die Benutzung desselben erschwert werde, oder die Zustimmung des Gegners (§§ 485, 489). Die Unterbrechung der Verjährung dauert fort bis zur Beendigung des Verfahrens. Gerät das Verfahren in Stillstand, so endigt die Unterbrechung mit der letzten Prozeßhandlung der Partei oder des Gerichts (§ 211 II). Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn der Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zurückgenommen oder als unzulässig abgewiesen wird. Stellt aber der Besteller binnen 6 Monaten von neuem den Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme, so gilt die Verjährung als durch den ersten Antrag unterbrochen. (§§ 477, 212). Zu beachten ist auch, daß die Unterbrechung sowie die Hemmung der Verjährung eines einzelnen der dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung, Schadensersatz auch mit zur Erhaltung der andern wirkt, gemäß § 477 Abs. III.[15]) In Bezug auf die Hemmung der Verjährung gibt das Gesetz in § 639 Ab. II noch eine besondere Bestimmung für den Werkvertrag. Unterzieht sich nämlich der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels, so ist die Verjährung so lange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert. Es liegen hier einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen vor, auf die die §§ 130 ff Anwendung finden. Für den Kauf gibt es eine solche Vorschrift nicht, da dem Käufer kein Anspruch auf Beseitigung des Mangels zusteht.

Nach dem BGB ist auch nach der Verjährung der Ansprüche auf Wandelung oder Minderung die einredeweise Geltendmachung dieser Ansprüche keineswegs ausgeschlossen, da Einreden nicht verjähren. Hier schreibt nun das Gesetz, gemäß § 478, vor, daß der Besteller nach der Verjährung auch einredeweise diese Ansprüche nur geltend machen kann bei vorheriger Anzeige des Mangels oder Beantragung der gerichtlichen Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises oder Streitverkündung in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber des Werks wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreit. Ebenso bedarf es auch, nach §§ 639, 479, damit der Anspruch auf Schadensersatz nach der Vollendung der Verjährung aufgerechnet werden kann, der vorherigen Vornahme der eben erwähnten Handlungen. Diese Beschränkungen der Rechte des Bestellers fallen jedoch fort, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. (§§ 639, 478 II, 479 II).

---

[15]) s. Prot. Seite 314.

2) Die allgemeinen Ansprüche aus §§ 320 ff. u. a.

Im Vorstehenden wurden die Ansprüche behandelt, welche dem Besteller nach BGB §§ 633 bis 635 zustehen. Es tritt hier nun die wichtige Frage auf, ob nicht auch die allgemeinen Vorschriften von den gegenseitigen Verträgen ergänzende Anwendung zu finden haben. Daß diese allgemeinen Vorschriften bei den besonders geregelten Verträgen grundsätzlich ausgeschlossen sind, darf keineswegs angenommen werden. Denn dann würden diese Bestimmungen überhaupt fast nie angewandt werden. Außerdem würden in sehr vielen Fällen dadurch Lücken im Gesetz entstehen. Anderseits ist aber auch die Annahme verfehlt, daß diese §§ 320 ff kumulativ neben den entsprechenden Bestimmungen über die besondern Verträge gelten könnten. Dies folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, daß die lex specialis der lex generalis vorgeht. Es können und müssen vielmehr diese allgemeinen Vorschriften nur dann in Betracht gezogen werden, wenn die Regelung der besonderen Verträge keine erschöpfende ist. Es entsteht hiernach beim Werkvertrag die Frage, ob der Gesetzgeber in den §§ 633 ff die Mängelansprüche des Bestellers erschöpfend und ausschließlich regeln wollte. Darüber herrscht große Meinungsverschiedenheit. Bejaht wird die Frage von Enneccerus, Kisch, Pitze, Schöller, Goldmann-Liliental, Reichsgericht[1]) u. a., verneint von Planck, Dernburg, Rümelin, Riezler[2]) usw. Letztere begründen ihre Behauptung aber nicht[3]), sondern leiten aus ihr ohne weiteres zu Gunsten des Bestellers insbesondere folgende Rechte ab: Herstellung eines neuen Werks zu verlangen[4]), die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags, bei Verzug die Rechte aus §§ 286 f, 326, sowie die aus § 283 bei rechtskräftiger Verurteilung.[5]) Was das von Rümelin erwähnte Recht auf Herstellung eines neuen mangelfreien Werks betrifft, so ist dasselbe weder unter den allgemeinen Vorschriften noch unter den §§ 633 ff ausdrücklich aufgezählt; es kann aber m. E., ohne auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 320 ff zurückgehen zu müssen, u. U. aus dem Rechte der Beseitigung des Mangels in § 633 Abs. III abgeleitet werden[6]); im übrigen werden die Bestimmungen über Treu und Glauben anzuwenden sein. Es scheidet deshalb dieses Recht in unserer Erörterung aus, ebenso das Recht aus § 283. Nach § 283 kann nämlich bei rechtskräftiger Verurteilung des Unternehmers zur Mängelbeseitigung der Besteller nach fruchtloser Fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, ausgenommen, wenn jener die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten hat. Die Rechte aus §§ 634, 635 entspringen unmittelbar aus der bloßen Nichtbeseitigung des Mangels, der Schadensersatzanspruch aus § 283 dagegen hat hauptsächlich die Verurteilung zur Mängelbeseitigung zur Voraussetzung. Dieses

[1]) Enneccerus S. 402 Nr. 7; Kisch S. 196; Pitze S. 105; Schöller in Gruch. Bd. 46 S. 256; Goldmann-Liliental S. 646; RG Bd. 57 Nr. 63; u. a.
[2]) Planck § 633—39 Nr. 4; Dernburg S. 500 Nr. V; Rümelin S. 79; Riezler S. 112; u. a.
[3]) ausgenommen Dernburg, s. u. Seite 106.
[4]) so Rümelin S. 79.
[5]) so Planck, Riezler.
[6]) vgl. oben S. 34, 35.

Recht wollte natürlich das Gesetz durch die §§ 633 ff nicht ausschließen, ebensowenig wie etwa die Zwangsvollstreckung, das diesem Recht aus § 283 entsprechende andere aus der Verurteilung des Unternehmers folgende Recht des Bestellers.[7]) — Es wird nun noch die Einrede des nichterfüllten Vertrags erwähnt, welche dem Besteller, gemäß § 320, neben den Ansprüchen aus §§ 633 f. zustehen soll. Darnach kann der Besteller die Vergütung für das mangelhafte Werk solange verweigern, als nicht das Werk vertragsmäßig geliefert ist. Daß der Besteller nun ein Leistungsverweigerungsrecht hat, ist in der Tat nicht abzuleugnen. Das kann man aus § 478 entnehmen. Dort ist erklärt, daß bei Anzeige des Mangels vor Ablauf der kurzen Verjährung dem Besteller auch nach demselben insoweit ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, als er es auf Grund der Wandelung und Minderung hätte. Man ersieht daraus, daß er nach der Ansicht des Gesetzgebers von vornherein auf Grund der Wandelung und Minderung schon ein solches Recht hatte bis zum Ablauf der Verjährung. Aber man darf nun daraus nicht schließen, daß das Gesetz ohne weiteres die Nebenexistenz der Rechte aus § 320 neben den besonderen Ansprüchen aus dem Kauf bezw. Werkvertrag als selbstverständlich voraussetzte, sondern er hat es vielmehr für nötig befunden, dem Besteller das Leistungsverweigerungsrecht bis zum Ablauf der Verjährung — wenigstens für die Wandelung — durch den § 467 (634 Abs. IV), der durch Vermittlung des § 348 die §§ 320 und 322 entsprechende Anwendung finden läßt, das Leistungsverweigerungsrecht nach Ablauf der Verjährung aber durch den § 478 (639 Abs. I) ausdrücklich zu verleihen. Jedenfalls stände die gegenteilige Annahme des Gesetzgebers von einem Nebenrecht aus § 320, das ja dann unbefristet wäre, in Widerspruch mit der eben erwähnten aus § 478 zu entnehmenden Annahme eines befristeten Leistungsverweigerungsrechts. Es würden aber ja auch bei jener Annahme die Bestimmungen einer kurzen Verjährungsfrist für die Geltendmachung der Mängelansprüche, wodurch man doch gerade ein Zurückgreifen auf solche Mängel nach längerer Zeit verhindern wollte[8]), dann zum großen Teil praktisch wertlos sein.

Es werden von Planck und Riezler noch die allgemeinen Rechtsbehelfe des Bestellers bei Verzug des Unternehmers, gemäß §§ 286 ff, 326 ff, angeführt. Daß diese dem Besteller zustehen, ist nicht zu bestreiten, da dies in § 636 Abs. I S. 2 ausdrücklich bestimmt ist. Man wird wohl auch aus diesem Satz: „Die im Falle des Verzugs des Unternehmers dem Besteller zustehenden Rechte bleiben unberührt“ entnehmen, daß das Gesetz voraussetzt, daß diese Rechte aus §§ 286 f, 326 f dem Besteller von vornherein neben denen aus § 636 zustehen, und daß sie eben durch § 636 nicht berührt werden sollten. Aber, wie hervorzuheben ist, nur für den Verzug bei nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes selbst. Für den Verzug bei Beseitigung des Mangels gibt das

[7]) vgl. oben S. 37.
[8]) vgl. Mot. II S. 238 und oben S. 97.

Gesetz spezielle Vorschriften in § 633 Abs. III und in §§ 634 Abs. I und 635 (da ja meist Verzug vorliegt bei nicht rechtzeitiger Beseitigung des Mangels). Durch Letztere werden die allgemeinen Vorschriften des § 326 z. T. erweitert insofern, als es keiner zweiten Frist mehr bedarf zu Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz, z. T. beschränkt dadurch, daß Rücktritt (als Wandelung), Minderung und Schadensersatzanspruch einer kurzen Verjährung ausgesetzt werden und der Schadensersatzanspruch nur bei Verschulden auch des Mangels selbst seitens des Unternehmers dem Besteller zusteht. — Es fragt sich also, ob man im letzteren Falle den Unternehmer so wie bei Verschulden des Mangels selbst aus § 635 auch bei Verschulden der Nichtbeseitigung des Mangels aus § 326 Schadensersatz leisten lassen will und ob man ferner dem Besteller auch nach der kurzen Verjährung noch die Rechte auf Rücktritt, Minderung und Schadensersatz zubilligen will. Wenn man die §§ 633 bis 635 mit § 636 vergleicht, kann man zu einer Verneinung beider Fragen gelangen. Denn ebenso wie das Gesetz es für nötig befunden hat, bei der Behandlung der Rechte aus der Nichtrechtzeitigkeit der Herstellung des Werks in § 636 Abs. I diejenigen bei Verzug der Herstellung im 2. Satz besonders zu erwähnen, ebenso hätte es auch bei der Behandlung der Rechte aus der Nichtrechtzeitigkeit der Mängelbeseitigung in §§ 634 Abs. I und 635 diejenigen bei Verzug der Mängelbeseitigung (außer in § 633 III) besonders erwähnen müssen. Für die Verneinung der zweiten Frage spricht außerdem der Grund, der überhaupt für die Einführung einer kurzen Verjährungsfrist maßgebend war, nämlich die Beweisschwierigkeiten nach längerer Zeit. Diese bleiben ja dieselben, ob nun der Unternehmer die nicht rechtzeitige Mängelbeseitigung verschuldet hat oder nicht, sie können sich im Gegenteil beim Verzug noch vergrößern. Hierdurch wird auch der Grund aufgewogen, der für die Bejahung der zweiten Frage sprechen könnte, nämlich daß der Verzug der Mängelbeseitigung nicht anders zu behandeln sei wie der Verzug der Herstellung des Werks (636 I). Als dritter und wichtigster Grund spricht aber für eine Verneinung dieser zweiten Frage, wie Oertmann mit Recht bemerkt[9]), der Umstand, daß, wenn einmal der Anspruch auf Beseitigung des Mangels verjährt ist, der Unternehmer mit ihr auch nicht mehr in Verzug kommen kann. (Dies begründet jedoch nicht die ganze Frage, trifft vielmehr nur in den Fällen zu, wo der Mangel erst nach der Verjährung bemerkt wurde. Denn tritt der Verzug noch vor Ablauf einer Verjährung ein, so könnten sehr wohl auch nachher noch die daraus entspringenden Folgen geltend gemacht werden). Man wird aus diesen drei Gründen die zweite Frage verneinen; der Besteller kann nicht bei Verzug der Mängelbeseitigung nach Verjährung der Rechte aus §§ 633 Abs. III, 634 Abs. I, 635 noch die aus § 326 geltend machen. — Wie ist aber die erste Frage zu entscheiden? Hat der Besteller tatsächlich keinen Schadensersatz zu beanspruchen, wenn der Unternehmer

[9]) Oertmann, zu § 633 Nr. 2 c.

nicht den Mangel selbst, sondern nur die Nichtbeseitigung des Mangels zu vertreten hat? Es wäre unbillig, wenn man dies annehmen müßte. Man kann jedoch m. E. dem Besteller in diesem Falle auch den Schadensersatzanspruch, und zwar nach § 635, zusprechen, ohne also auf § 326 zurückzukommen. Wenn der Unternehmer es schuldhaft unterläßt, den Mangel, an dem er vielleicht gar nicht schuld war, zu beseitigen, so wird er eben dadurch, wenn auch erst jetzt, von ihm mitverschuldet, der Mangel beruht also nunmehr z. T. auf einem „Umstand, den er zu vertreten hat".

Wie oben Seite 106 bemerkt wurde, handelt es sich bei § 636 Abs. I, S. 2 nur um den Verzug bei Herstellung des Werks selbst, nicht auch um den Verzug bei der Mängelbeseitigung.[10]) Aber auch wenn man diesen Unterschied nicht macht, so kann man trotzdem aus dem § 636 I, S. 2 noch nicht ohne weiteres, wie Dernburg[11]) das tut, schließen, daß deshalb alle die §§ 320 ff dem Besteller zur Seite stehen müßten. Wenn man vielmehr die noch übrig bleibenden Bestimmungen der §§ 320 ff mit denen der §§ 633 ff vergleicht, so wird man im großen Ganzen eher zur entgegengesetzten Auffassung gelangen. — Es könnte aus § 320 außer dem Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers auch ein solches zu Gunsten des Unternehmers abgeleitet werden. Wohl steht ihm ein solches bis zur Abnahme des Werkes nicht zu, da er, was aus § 641 zu ersehen ist, bis zu diesem Zeitpunkt vorzuleisten verpflichtet ist. Aber auch wenn der Besteller das mangelhafte Werk abgenommen hat, wird man hinsichtlich der Beseitigung des Mangels von einer Vorleistungspflicht des Unternehmers reden können, was sich aus allgemeinen Erwägungen und auch aus § 641 I, S. 2 schließen läßt, wonach bei Teilleistungen gewöhnlich der Unternehmer erst bei der Abnahme des letzten Teiles die vereinbarte Vergütung verlangen kann, früher nur, wenn die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt wurde. Man wird also dem Unternehmer nicht aus § 320 das Recht geben können, die Beseitigung des Mangels bezw. ihr Surrogat, die Schadensersatzleistung, solange zu verweigern, bis etwa der Besteller die vereinbarte Vergütung geleistet hat.

Anderseits ist wohl anzunehmen, daß das Leistungsverweigerungsrecht des zur Vorleistung Verpflichteten wegen veränderter Umstände, gemäß § 321, durch die Bestimmungen in §§ 633 f unangetastet bleiben soll, da letztere solche veränderten Umstände nicht besonders in Betracht ziehen und auch kein besonderer Grund vorhanden ist, weshalb sie sie ausschließen sollten.

Entsprechend den §§ 320, 321 ist auch § 322 zu behandeln, da dieser nur eine Folge der Geltendmachung der Rechte aus §§ 320, 321, nämlich das Leistungsverweigerungsrecht im Prozeß,

---

[10]) vgl. auch Goldmann-Lilienthal, S. 646, Anm. 8.
[11]) Dernburg, S. 500 Nr. V.

zum Inhalt hat. Daß der Besteller sowie der Unternehmer seine Rechte gerichtlich geltend machen kann, ist selbstverständlich; das schließen weder die §§ 633 f aus[12]), noch verleiht andererseits § 322 diese Befugnis.

Was § 323 betrifft, so kann bei unserer Betrachtung, da die aus dem gegenseitigen Vertrag obliegende Leistung des Unternehmers in der Herstellung des ganzen Werks besteht, nur eine teilweise Unmöglichkeit derselben in Frage kommen. Ist diese von keiner Partei zu vertreten, so mindert sich die Gegenleistung, gemäß § 323 Abs. I. Daß diese Bestimmung durch die besonderen beim Werkvertrag ersetzt und ausgeschlossen wird, dürfte wohl keinem Zweifel unterliegen.[13])

Daß anderseits § 324 auf den Werkvertrag Anwendung findet, ist in § 645 Abs. II ausdrücklich erklärt; dies wird auch für die vom Besteller verschuldete Unmöglichkeit der Beseitigung des Mangels zutreffen.

Der § 325, der von der verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung handelt, wird in Bezug auf die Mängelansprüche durch § 635 nicht völlig ersetzt. Es kommt vor allem § 325 I, Satz 2 ergänzend zur Anwendung, jedoch mit der Maßgabe, daß der Rücktritt den Wandelungsgrundsätzen untersteht.

Nach Schöller[14]) sind die §§ 323 f auch deshalb nicht neben den §§ 633 f anwendbar, weil die Beseitigung des Mangels kein Aequivalent für die Leistung des Bestellers ist. Sie ist keine ursprüngliche Verpflichtung aus dem Vertrag, sondern stellt sich bereits als Gewährleistungspflicht dar. Letzteres dürfte jedoch nur für den Kauf zutreffen, wo der Verkäufer nicht zur Lieferung einer Sache als einer tadellosen verpflichtet ist, sondern nur den Mangel derselben zu vertreten hat, nicht jedoch für den Werkvertrag, wo der Unternehmer das Werk sogleich mangelfrei herzustellen verpflichtet ist.[15])

Es können nun außer den bisher behandelten allgemeinen und besonderen Ansprüchen auch noch andere für den Besteller in Frage kommen. So kann u. U. auch ein Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend gemacht werden, wenn infolge der schlechten Beschaffenheit des Werks ein Schaden, z. B. ein Unfall, entsteht.[16]) Auch kann der Besteller, wenn er etwa vom Unternehmer arglistig getäuscht wurde, was gerade bei der Zusicherung von Eigenschaften oft vorkommen kann, den Vertrag nach §§ 123, 124 anfechten und aus diesem Grunde eine Schadensersatzklage gegen den Unternehmer anstrengen. Allerdings handelt es sich bei dem Anfechtungsrecht nicht um einen Anspruch, sondern um ein bloßes Gegenrecht, welches also nicht einer Verjährung, sondern nur einer ausdrücklich bestimmten Befristung unterliegt. Auch

---

[12]) vgl. Mot. S. 481 und oben S. 65 und 104.
[13]) vgl. dazu oben S. 88 und Kisch, S. 194.
[14]) Schöller in Gruch. Bd. 46 S. 256/7.
[15]) vgl. oben S. 5 u. Oertmann, Schuldverh., Göschen II S. 69/70.
[16]) so auch Planck, Vorbem. zu §§ 633—639, Nr. 4.

die Grundsätze über positive Vertragsverletzungen werden, wie sie beim Kaufvertrag nach allgemeiner Ansicht über die aedilizischen Rechtsmittel hinaus anzuwenden sind, so auch hier beim Werkvertrag, wenn auch vielleicht nicht so häufig, Anwendung zu finden haben.[17])

3) Geltendmachung der Ansprüche bei immateriellen Werken.

Es ist nun noch die im Einzelnen abweichende Geltendmachung der Mängelansprüche des Bestellers bei immateriellen Werken einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Manche Schriftsteller bezeichnen es als zweifelhaft, ob die Rechte aus §§ 633 und 634 auf solche immaterielle Werke Anwendung zu finden haben.[1]) Theoretisch kann diese Frage jedoch m. E. kaum einem Zweifel unterliegen. Dies ist sowohl aus dem Wortlaut des Gesetzes, das keinen Unterschied macht zwischen beiden Arten von Werken, als auch u. a. aus den Motiven[2]) sowie aus dem Entwurf I des Gesetzes zu entnehmen, der in seinem § 579 auf immaterielle Werke die vorhergehenden Vorschriften der §§ 567 bis 578, die nur die materiellen Werke betrafen, ausdrücklich ausdehnte. Nur bei der praktischen Durchführung der einzelnen Ansprüche ergeben sich z. T. große Schwierigkeiten. Manche erklären deshalb z. B. das Beseitigungsrecht sowie die Wandelung und Minderung schlechtweg für ausgeschlossen[3]); andere wieder blos das Beseitigungs- und Wandelungsrecht.[4])

Was zunächst den Anspruch auf Beseitigung des Mangels betrifft, so kommt es hier auf die am Anfang dieser Ausführungen aufgestellte Unterscheidung an zwischen solchen immateriellen Werken, die an ein körperliches Substrat geknüpft sind und solchen, die in einem rein geistigen Produkt bestehen. Fälle ersterer Art sind z. B. das Rasieren und Haarschneiden, oder die Abfassung eines Gutachtens; Fälle der zweiten z. B. eine Theatervorstellung, ein Vortrag, ein Konzert, usw. Bei den Fällen der ersteren Gattung ist nun, wie Riezler[5]) im Gegensatz zu andern richtig hervorhebt, die Beseitigung des Mangels keineswegs immer unmöglich; so z. B. bei dem unrichtigen Gutachten. Aber auch für rein geistige Produkte, die sich als Sinneserscheinungen mit ihrer Vollbringung zugleich konsumieren, dürfte m. E. nicht ohne weiteres immer jede Verbesserungsmöglichkeit ausgeschlossen sein. Als eine Verbesserung wird in solchen Fällen wohl meist nur eine Neuherstellung, wie sie oben bei materiellen Werken in bestimmten Grenzen zugelassen wurde, in Betracht kommen. Wenn z. B. in einem erstklassigen Kinematographentheater der Saal so hell erleuchtet ist, daß das Publikum nicht viel von der

---

[17]) vgl. u. a. das bei „Staub, pos. Vertragsverletzungen", 2. A. 1913, S. 41 zitierte Beispiel (= RG Bd. 67 S. 5) von der Ausführung zweier großer und kostspieliger Wohngebäude durch einen Baumeister, wo das zuerst fertiggestellte bereits derartig mangelhaft hergestellt wird, daß die große Gefahr besteht, auch der zweite Bau werde fehlerhaft ausfallen.

[1]) vgl. Oertmann, § 633 Nr. 1 a; Staudinger, § 633–637 Nr. 1 c.

[2]) vgl. Mot. S. 507/8.

[3]) so Rümelin S. 203; Staudinger, a. a. O.

[4]) so Oertmann, a. a. O.

[5]) Riezler, S. 124.

Vorführung sieht, so wird es wohl verlangen können, daß der Mangel beseitigt wird, daß es also u. U. die betreffende Vorführung nochmals und zwar besser zu sehen bekommt. Ebenso, wenn z. B. Pégoud mit seinem Flugapparat gegen Entgelt Schauflüge unternimmt und hierbei dem bereits verwöhnten Publikum oder vielleicht den aufnehmenden Kinematographenbesitzern die Zusicherung gibt, daß er besonders schöne und vollkommene Saltomortale fliegen werde; wenn er nun kaum vom Boden wegkommt, so werden die Kinematographenbesitzer sowie ein Publikum, von dem vorauszusetzen ist, daß es sich mit solchen Leistungen nicht begnügen wollte, falls die Umstände es erlauben, verlangen können, daß er nochmals einen Flug unternimmt. Allerdings werden solche Fälle, wo bei immateriellen Werken eine Beseitigung des Mangels möglich ist, verhältnismäßig selten sein, besonders noch dann, wenn man, wie die herrschende Meinung, dem Besteller jedes Recht, ein neues mangelfreies Werk zu verlangen, abspricht.[6])

Die Wandelung bei immateriellen Werken einfach auszuschließen, scheint m. E. nicht angängig. Auch Riezler[7]) bemerkt nur, daß in den Fällen, wo bei Werken mit körperlichem Substrat eine Beseitigung des Mangels unmöglich sei, regelmäßig auch die Wandelung undurchführbar sein werde. Wenn aber, um an das Beispiel Riezlers vom Haarschneiden, das nicht mehr rückgängig gemacht werden könne, anzuknüpfen, eine Dame sich in einem Frisiersalon eine besonders geformte Haartracht zusichern läßt und das Werk stellt sich als verfehlt heraus, so wird man ihr nicht das Recht absprechen können, zu verlangen, daß ihr Haar wenigstens wieder in ihre alte Form zurückgebracht wird. Das allerdings ist zuzugeben, daß in den meisten Fällen dieser Gattung sich eine Wandelung nur mit Schwierigkeiten durchführen läßt. Man wird also nicht soweit gehen, sie deshalb ganz auszuschließen, wie z. B. Rümelin dies tut.[8]) Stößt man doch auch in den Fällen, wo der Besteller eines Werks als Vergütung Dienste entrichtet oder wo dem Besteller die verarbeitete Sache gehört und verbleibt[9]), auf Schwierigkeiten bei der Durchführung der Wandelung, ohne dieselbe deshalb auszuschließen. Und da diese doch immerhin große Aehnlichkeit haben mit jenen Fällen, so wird man auch die Durchführung der Wandelung bei diesen im Allgemeinen als Vorbild benutzen dürfen. Allerdings wird hierbei der Unterschied zwischen Wandelung und Minderung von kaum nennenswerter praktischer Bedeutung sein, was aber auch für die Wandelung bei körperlichen Werken in den eben erwähnten vorbildlichen Fällen zutraf.[10])

Aber auch die Minderungsklage will Rümelin[11]) und nach ihm Staudinger[12]) bei immateriellen Werken überhaupt ausschließen.

---

[6]) vgl. oben S. 34, 35.
[7]) Riezler, S. 124.
[8]) Rümelin, S. 203.
[9]) vgl. § 346 u. oben S. 64, 65.
[10]) vgl. oben S. 65.
[11]) Rümelin, S. 204/5.
[12]) Staudinger, § 633—637 Nr. 1 c.

Wer nun aber die Geltendmachung der vorhergehenden Ansprüche trotz der dabei in Betracht kommenden Schwierigkeiten u. U. zuläßt, wird dies umso mehr noch bei der Minderung tun müssen. Auch dürften die Schwierigkeiten bei der Abschätzung der in Frage kommenden Leistungen, z. B. einer Opernsängerin oder Klaviervirtuosen, auch nicht sonderlich größer sein als z. B. bei denjenigen eines Kunstmalers oder berühmten Bildhauers. Handelt es sich doch in beiden Fällen um Kunstleistungen, bei denen es eben in ihrer Art liegt, daß sie nicht gut in klingende Münze veranschlagt werden können. Es wird bei dem von Rümelin als untauglich hingestellten Beispiel von der Opernsängerin durch einen Kunstsachverständigen festzustellen sein, was unter normalen Umständen diese Theaterkasse von einem diesem Theater entsprechenden Publikum eingenommen hätte für mangelfreie Leistungen, und was für mangelhafte. Der letztere Wert wird dann meist den Wert des tatsächlich Gebotenen darstellen, der mit dem ersteren zu vergleichen ist. Und auch bei andern immateriellen Leistungen, z. B. Gutachten, Zeitungsartikel, wird der Sachverständige die Feststellung ihres Wertes nach dem betreffenden Kreis des Publikums, das die Leistung angeht, zu richten haben.

Auch die Motive, die ja allerdings nicht ausschlaggebend sind, sprechen bei immateriellen Werken von einer Angemessenheit des Minderungsrechts. „Dasselbe wird in nicht wenigen Fällen für den Besteller von dem größten Werte und andererseits den Verhältnissen völlig entsprechend sein".[13])

Daß der Besteller, wenn der Unternehmer den Mangel des immateriellen Werks zu vertreten hat, gemäß § 635 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, ist wohl nicht zu bestreiten. Ist er ja doch nach einigen Autoren neben dem Leistungsverweigerungsrecht der einzige Rechtsbehelf, der dem Besteller hier zustehen soll. Nun können aber auch hier bei Berechnung des Schadens dieselben Schwierigkeiten sich ergeben wie bei der Minderung, und Rümelin hätte also folgerichtig, wenn er die Minderung deshalb ausschließt, zum mindesten auch bei dem Schadensersatzanspruch Einschränkungen machen müssen, sodaß er also in den meisten Fällen zu dem unhaltbaren Ergebnis gekommen wäre, daß dem Besteller bei immateriellen Werken überhaupt kein Mängelanspruch zustehe. Man wird jedoch unbedenklich diesen Schadensersatzanspruch als bestehend anerkennen. Schwierigkeiten können sich hierbei dann ergeben, wenn bei Konzerten, Vorstellungen, Schauflügen, Vorträgen usw. objektiv festzustellen ist, ob dem Publikum außer dem Eintrittspreis noch ein weiterer Schaden erwachsen ist.

Wenn man nun aber hauptsächlich bei solchen größeren Veranstaltungen wie die eben erwähnten ohne weiteres jedesmal dem Publikum diese geschilderten Mängelansprüche zubilligen

[13]) Mot. II, S. 508.

würde, so käme man meist zu recht unbefriedigenden Resultaten. Es darf deshalb, wie Riezler[14]) und auch Rümelin[15]) richtig bemerken, hierbei die wichtige Einschränkung nicht außer Acht gelassen werden, daß „nach der Verkehrssitte in der Regel eine der handelsrechtlichen Klausel tel quel sinnverwandte stillschweigende Parteivereinbarung des Inhalts zu subintelligieren sein wird, daß auf ein Rügerecht verzichtet wird". Es besteht m. a. W. bei solchen Verträgen ein gewisser Spielraum für die Güte der Leistung, innerhalb dessen das Publikum ein Risiko übernimmt, es besteht aber auch anderseits ein Mindestmaß für dieselbe, unter das nicht heruntergegangen werden darf.

Daß auch bei immateriellen Werken andere als die in §§ 633—635 bezeichneten Ansprüche des Bestellers entstehen können, so z. B. der aus § 823 wegen Betrugs, dürfte nicht zu bezweifeln sein.

Man scheidet nun in der Literatur unter den Verträgen, die immaterielle Werke zum Gegenstand haben, eine Gruppe aus, bei denen von Mängeln i. S. des § 633 nicht die Rede sein könne, die Transportverträge. So meint Riezler[16]), die Ortsveränderung, die ja allein den Gegenstand des Vertrags bilde, könne nur entweder erfolgen oder nicht erfolgen oder nicht rechtzeitig erfolgen; sie könne aber nicht mangelhaft erfolgen. Wie ist es nun aber, wenn z. B. jemand sich in einer Droschke nach einem bestimmten Gebirgsort fahren läßt; zu demselben führen zwei Wege, ein lohnender, auf dem zudem der Betreffende eine bestimmte Person, mit der er ein vorteilhaftes Geschäft abzuschließen gedenkt, treffen will, und ein weniger lohnender. Der erste Weg ist der ausbedungene, trotzdem wählt der Kutscher den andern, vielleicht kürzeren. Könnte man da nicht von einem Mangel des vereinbarten Arbeitserfolgs sprechen und den Kutscher aus § 635 den entstandenen Schaden ersetzen lassen? Allerdings muß man in solchen Fällen streng unterscheiden, ob nicht etwa überhaupt statt eines Werkvertrags ein Dienstvertrag vorliegt. Letzteres wird z. B. dann der Fall sein, wenn man sich eine Stunde lang in einer Stadt spazieren fahren läßt.

Zu erwähnen ist noch, daß es zur Geltendmachung der Mängelansprüche bei immateriellen Werken gewöhnlich keiner Fristsetzung bedarf, da ja in der Regel die Beseitigung des Mangels nicht möglich sein wird. Ferner, was die Verjährung der Ansprüche betrifft, so beginnt dieselbe bei immateriellen Werken mit der Vollendung des Werks, gemäß § 646, 638. Diese ersetzt hier also die Abnahme, da ja eine solche nach der Beschaffenheit des Werks ausgeschlossen ist; und zwar auch bei solchen mit körperlichem Substrat, da dort wohl das Substrat, nicht aber das Werk selbst abnahmefähig ist.[17]) Aus dem Wortlaut des § 646 ist

---

[14]) Riezler, Seite 123.
[15]) Rümelin, Seite 204.
[16]) Riezler, S. 124.
[17]) vgl. Riezler, S. 137; jetzt auch Oertmann § 640 Nr. 2 a, b.

auch zu schließen, daß in § 640 Abs. II die Abnahme nicht durch die Vollendung des immateriellen Werks ersetzt wird. Es kann also bei dieser Gattung von Werken der Besteller die Mängelrüge in allen Fällen bis zum letzten Tag der Verjährungsfrist verschieben.[18])

V. Die Ansprüche beim Werklieferungsvertrag.

In § 651 BGB sind besondere Bestimmungen für den Werklieferungsvertrag gegeben, welche auch in dieser Abhandlung, soweit es sich um die Ansprüche des Bestellers handelt, einer kurzen Erörterung bedürfen. Verpflichtet sich nämlich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so finden, sofern es sich um eine vertretbare Sache handelt, die Vorschriften über den Kauf Anwendung; bei nicht vertretbaren Sachen haftet der Unternehmer wie beim gewöhnlichen Werkvertrag. Wie man hieraus ersieht, unterscheidet sich der Begriff des Werklieferungsvertrags in mehreren wichtigen Punkten von dem des gewöhnlichen Werkvertrags. Der Hauptunterschied besteht darin, daß der Stoff zu dem Werk vom Unternehmer selbst zu beschaffen ist. Sodann handelt es sich blos um Sachen und Stoff, auf immaterielle Werke bezieht sich also der Werklieferungsvertrag nicht. Auch eine bloße Veränderung der Sache genügt nicht, wie bei § 631 Abs. II, der Vertrag muß vielmehr auf Herstellung einer Sache gerichtet sein. In den Folgen unterscheidet sich dieser Vertrag vom Werkvertrag, je nachdem er auf Herstellung einer vertretbaren oder unvertretbaren Sache gerichtet ist. Im ersteren Falle ist der Besteller wie ein Käufer der Sache zu behandeln, im zweiten Falle dagegen bestimmen sich seine Mängelansprüche nach den Bestimmungen des Werkvertrags. Daß die herzustellende Sache vertretbar ist, hängt gemäß § 91 davon ab, ob sie beweglich ist und ob es auf ihre Individualität im Verkehr nicht anzukommen pflegt, sie also beliebig durch andere Stücke derselben Gattung ersetzt werden kann und daher nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegt. Es handelt sich also hier um die Herstellung einer Dutzendware, und es sollen deshalb auch die Vorschriften vom Kauf Anwendung finden. Die Abweichungen, die sich hieraus in Bezug auf die Ansprüche des Bestellers ergeben, wurden schon oben bei Erörterung der einzelnen Ansprüche hervorgehoben. Vor allem hat also der Besteller kein Recht, vom Unternehmer die Mängelbeseitigung zu verlangen oder etwa sie selbst vorzunehmen. Er kann jedoch, da es sich regelmäßig um eine Gattungssache handelt, gemäß § 480 in jedem Falle[1]) an Stelle der mangelhaften Sache eine neue mangelfreie verlangen. Die übrigen Ansprüche, die die gleichen sind wie beim eigentlichen Werkvertrag, stehen dem Besteller ohne Fristsetzung zu. Nur was den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung anbelangt, so ist dieser bei

[18]) so auch Cosack, S. 542 f.
[1]) vgl. oben S. 34, 35.

Fehlen zugesicherter Eigenschaften schon ohne weiteres, im Uebrigen dagegen nur bei arglistigem Verschweigen des Mangels seitens des Unternehmers gegeben. Zu beachten ist auch, daß nur Mängel, die die hergestellte Sache beim Gefahrübergang, d. h. hier bei der Uebergabe (§ 446), hat, zu vertreten sind, während beim Werkvertrag diese Ansprüche dem Besteller, wie auch aus dem Wortlaut des § 634 Abs. I hervorgeht, schon vorher zustehen.

Unerhebliche Mängel der hergestellten Sache hat der Lieferant überhaupt nicht zu vertreten außer bei Zusicherung von Eigenschaften, während der gewöhnliche Werkunternehmer nur der Wandelung entgeht.

Sonderbar und im gewissen Sinne hart erscheint der Umstand, daß beim Werklieferungsvertrag das Fehlen zugesicherter Eigenschaften viel strenger zu vertreten ist, nämlich ohne weiteres immer durch Schadensersatz, als beim gewöhnlichen Werkvertrag, wo dieser Anspruch nur wie bei gewöhnlichen Fehlern im Falle des Verschuldens des Unternehmers gegeben ist.[2]) Man könnte doch annehmen, daß die Frage, ob der Unternehmer oder der Besteller den Stoff zu dem Werk beschafft, in den meisten Fällen wenigstens ganz gleichgültig sein sollte für den Grad der Haftung beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Diese Härte des Gesetzes wird jedoch glücklicherweise aus dem Grunde nur selten zu Tage treten, weil es sich gewöhnlich bei der Zusicherung von Eigenschaften nicht um vertretbare, sondern um unvertretbare Sachen handeln wird, wo eben gemäß § 651 die Regeln des gewöhnlichen Werkvertrags in dieser Beziehung Anwendung finden. Bei nicht vertretbaren Sachen hat der Besteller keine selbständige Klage darauf, daß der Unternehmer den Stoff beschafft und das Werk herstellt, sondern nur auf Lieferung der vertragsmäßig hergestellten Sache. Liefert der Unternehmer eine Sache, die er nicht selbst hergestellt hat, so liegt, sofern die Herstellung des Werks durch ihn selbst dem ausdrücklichen Parteiwillen entsprach, Mangel einer zugesicherten Eigenschaft vor.

Stellt ein Werklieferungsvertrag ein zweiseitiges Handelsgeschäft dar, so gilt die besondere Vorschrift des § 381 Abs. II HGB, wonach, wenn es sich um bewegliche, auch nicht vertretbare Sachen handelt, die Regeln des Handelskaufs Anwendung finden. Letztere unterscheiden sich von den oben erwähnten Vorschriften über den gewöhnlichen Kauf in Bezug auf die Mängelhaftung des Unternehmers besonders dadurch, daß der Besteller die abgelieferte Sache unverzüglich zu untersuchen und einen etwaigen Mangel dem Unternehmer anzuzeigen hat, gemäß HGB § 377, widrigenfalls die Sache als genehmigt gilt und er also jeden aus der Mangelhaftigkeit der Ware herzuleitenden Anspruch, auch den auf Schadensersatz verliert.

Nach § 651 Abs. II finden bei Beschaffung von bloßen Z u t a t e n oder andern N e b e n s a c h e n seitens des Unternehmers

[2]) vgl. oben Seite 84, 85.

ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung, also ohne Unterschied, ob es sich um vertretbare oder unvertretbare Sachen handelt. Dieselbe Bestimmung wird man aber auch mit Riezler[3]), Oertmann[4]) auf immaterielle Werke analog anwenden dürfen. Allerdings wird man für diesen Fall nicht Riezlers Definition der Nebensache in § 651 Abs. II gebrauchen können. Riezler ist nämlich der Ansicht, daß es bei § 651 Abs. II nicht darauf ankomme, „ob der vom Unternehmer gelieferte Stoff im Verhältnis zu seiner Arbeit als Nebensache erscheint, sondern nur darauf, ob er im Verhältnis zu dem übrigen zu verwendenden Stoff Nebensache ist". Aber auch die von den meisten andern vertretene Ansicht, wonach die Sache, an der die Arbeiten anzubringen sind, mit dem, was der Arbeiter angefügt hat, zu vergleichen wäre, paßt nicht auf immaterielle Werke. Es kann vielmehr nur die dritte über diesen Punkt aufgestellte Theorie hier Berücksichtigung finden, wonach der vom Arbeiter zu liefernde Stoff mit seiner gesamten Arbeitsleistung verglichen wird.

Wird bei einem Werklieferungsvertrag die Wandelung vollzogen, so muß zum Unterschied vom gewöhnlichen Werkvertrag der Besteller den Stoff, der ja dem Unternehmer gehörte, diesem wieder zurückgewähren.[5])

Was beim Werklieferungsvertrag die Mängel im Recht betrifft, so spielen dieselben eine bedeutend größere Rolle als beim gewöhnlichen Werkvertrag, wo ihre Existenzberechtigung von einigen sogar überhaupt bestritten wird.[6]) Es ist nämlich leicht möglich, daß der Stoff, den hier ja der Unternehmer zu beschaffen hat, mit Rechten Dritter belastet ist. Es finden dann die Vorschriften beim Kaufvertrag (§ 434—445) entsprechende Anwendung.

C. Schluß.

Prozessuales.

Es sind zum Schluß, soweit dies nicht schon früher in anderm Zusammenhang geschehen ist, noch einige prozessuale Punkte hervorzuheben, die bezüglich der Mängelansprüche des Werkbestellers in Frage kommen. Hinsichtlich der Beweislast ergibt sich folgendes:

Behauptet der Besteller einen Mangel des Werks und lehnt deshalb die Abnahme des Werks ab, so hat der Unternehmer zu beweisen, daß das Werk vertragsmäßig hergestellt ist. Erfolgt jedoch die Mängelrüge erst nach der Abnahme, so hat der Besteller, wie schon oben Seite 94 erwähnt, die Beweislast nach der allgemeinen Vorschrift des § 363 BGB, und zwar sowohl bezüglich des Mangels als auch bezüglich des Vorbehalts aus § 640 Abs. II. Verlangt der Besteller gemäß § 633 Abs. II die

[3]) Riezler, S. 64.
[4]) Oertmann, S. 667 u.
[5]) vgl. oben S. 64.
[6]) vgl. oben S. 5, 6.

Beseitigung des Mangels vom Unternehmer und dieser verweigert etwa dieselbe wegen unverhältnismäßigen Aufwands, so ist die Unverhältnismäßigkeit vom Unternehmer zu beweisen; dies folgt aus dem Grundsatz, daß der Beklagte, wenn er neue selbständige Tatsachen behauptet, die geeignet sind, das Klagebegehren hinfällig zu machen, diese auch zu beweisen hat. Bringt der Beklagte diese Einrede vor, so kann der Besteller gleichwohl im selben Prozeß seine weiteren Ansprüche geltend machen. Eine Klagänderung kann darin nicht erblickt werden, da „ohne Aenderung des Klaggrundes statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand bezw. das Interesse gefordert wird". (§ 268 Nr. 3 ZPO). — Die Voraussetzungen des Ersatzanspruchs aus § 633 Abs. III hat der Besteller darzutun. Hat der Besteller auf Beseitigung des Mangels geklagt, so kann er, gemäß § 255 ZPO, verlangen, daß die für die Geltendmachung der weiteren Ansprüche erforderliche Frist sogleich im Urteil bestimmt wird. — Die in § 634 bezeichneten Voraussetzungen für die Geltendmachung des Wandelungs- und Minderungsanspruchs, also die Fristsetzung sowie den Ablauf derselben, bezw. die Unmöglichkeit oder Weigerung der Mängelbeseitigung sowie das besondere Interesse an der sofortigen Durchführung seiner Ansprüche hat der Besteller zu beweisen. Der Unternehmer anderseits hat die rechtzeitige Beseitigung des Mangels darzutun. Verlangt der Besteller Wandelung, so hat der Unternehmer, wenn er die Unerheblichkeit des Mangels dem entgegenhält, diese zu beweisen. Bei Ausschluß der Wandelung gemäß § 351, 352 hat der Unternehmer die wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache, d. h. besser: der dem Unternehmer gehörigen Zutaten und Nebensachen, zu beweisen, sowie die Verarbeitung der Sache. Ist jedoch die Wandelung gemäß § 467 deshalb nicht ausgeschlossen, weil sich der Mangel erst bei oder infolge der Umgestaltung der Sache erkennbar geworden ist, so hat letztere Voraussetzung der Besteller darzutun. Verlangt bei einer Mehrheit von Werken eine der Parteien gemäß § 469, daß die Wandelung auf alle erstreckt werde, so hat sie sowohl ihre Zusammengehörigkeit als auch den ihr erwachsenden Nachteil im Fall der Trennung zu beweisen. Es ist in der Literatur wiederholt die Frage aufgeworfen worden, ob der Besteller, wenn er auf Minderung klagt, ohne Klagänderung wegen eines andern Mangels Wandelung oder Minderung gemäß § 475 verlangen kann. Es liegt wohl hier eine Klagänderung vor, da es sich um ganz andere Klagetatsachen handelt. Aber trotzdem wird man in diesem Falle die Klagänderung gemäß ZPO § 264 zulassen, wenn nach Ermessen des Gerichts die Verteidigung des Beklagten dadurch nicht wesentlich erschwert wird.

Der Erfüllungsort für die Rückerstattung bei der Wandelung ist gewöhnlich der Wohnsitz des Bestellers, da der Unternehmer nach § 270 verpflichtet ist, die geleistete Vergütung dem ersteren

zurückzuschicken und der Besteller ja gewöhnlich das Werk behält. Für die Rückgewähr der etwaigen Zutaten oder andern Nebensachen, sowie beim Werklieferungsvertrag für die Rückgewähr des Stoffes wird hierfür der Ort in Betracht kommen, wo sich die Sache vertragsmäßig befindet. — Für die Minderung gilt, wenn die Vergütung noch nicht bezahlt war, ebenfalls der Wohnsitz des Bestellers als der Erfüllungsort, war sie jedoch schon bezahlt, so der Wohnsitz des Unternehmers.

Ist streitig, ob der Mangel des Werks die Folge eines vom Unternehmer zu vertretenden Umstands ist, so trifft diesen die Beweislast dafür, daß er ihn nicht zu vertreten hat. — Eine etwaige Garantieübernahme des Unternehmers hat der Besteller zu beweisen. — Behauptet der Unternehmer, der Besteller habe bei der Abnahme den Mangel gekannt, so hat er dies zu beweisen, wogegen dem Besteller, wie schon oben erwähnt, der Beweis des Vorbehalts seiner Rechte, gemäß § 640 Abs. II, obliegt. — Von der Beweissicherung nach ZPO § 485 ff war bereits oben Seite 101 die Rede.

Anhang.

Besonders geregelte Werkverträge.

Es mögen nun noch einige durch besondere Reichsgesetze geregelte Werkverträge, von denen oben Seite 5 die Rede war, bezw. ähnliche Verträge anhangsweise hier erwähnt werden.

1. der Werkvertrag mit Geschäftsbesorgung, geregelt in BGB § 675. Solcher liegt vor nach Riezler[1]), wenn er zum Gegenstand hat entweder die Besorgung von Rechtsgeschäften oder die Vornahme von für den Besteller ökonomisch bedeutsamen Handlungen oder eine Tätigkeit, die in Ausübung eines auf Vornahme von Handlungen solcher Art gerichteten Berufs vorgenommen wird.

2. der Mäklervertrag des BGB § 652 f u. HGB § 93 f.[2])

3. der Agenturvertrag nach HGB § 84 f, der nach Riezler Werkvertrag ist, während Düringer-Hachenburg, Staub und die herrschende Meinung ihn als eine Unterart des Dienstvertrags ansieht.[3])

4. das Kommissionsgeschäft des HGB § 383 f.[4])

5. das Speditionsgeschäft des HGB § 407 f.[5])

---

[1]) Riezler S. 76, 77.

[2]) vgl. Staudinger, Einl. zu § 652 f., 2 u. 4 c; Düringer-Hachenburg, Vorbem. zu HGB § 93, V 2; Mot. z. BGB II S. 512.

[3]) vgl. Riezler S. 84; Düringer-Hachenburg. Vorbem. zu §§ 84 f III; Staub, § 84 A. 14.

[4]) vgl. Riezler S. 79; Düringer-Hachenburg III. Vorbem. zu § 383 f II 1; a. A. Gareis, HGB, 1900, 2. A., Vorbem. zu § 383; Staub § 383 A 18, die hier Dienstvertrag annehmen.

[5]) vgl. Riezler, S. 80; Düringer-Hachenburg, Vorbem. zu § 407, II 1; a. A. Gareis, vor § 407; Staub, § 407 A 3, die hier Dienstvertrag annehmen.

6. das Frachtgeschäft, geregelt in:
   a) HGB §§ 425—452.
   b) Reichsgesetz über das Postwesen und Posttaxwesen v. 28. 10. 1871 und die Postordnung für das deutsche Reich v. 11. 6. 1892, 20. 3. 1900, Telegraphenordnung vom 9. 6. 1897, sowie der Weltpostvereinsvertrag vom 4. 7. 1891.
   c) HGB §§ 453—473, sowie Eisenbahnverkehrsordnung vom 15. 11. 1892, 29. 10. 1899, 23. 12. 1908, die seit dem neuen Handelsgesetzbuch als materielles Gesetz aufzufassen ist (HGB § 454). Für den internationalen Verkehr: Berner Vertrag vom 14. 10. 1890, 1908.
   d) der Seefrachtvertrag des HGB §§ 556—663 — der Besteller heißt hier: Befrachter, der Unternehmer: Verfrachter — und der Schleppvertrag — Schlepper-Unternehmer. —
   e) der Passagier- oder Ueberfahrtsvertrag des HGB §§ 664 ff.
   f) die Bestimmungen über das Auswanderungswesen, in HGB § 678 und Reichsges. v. 9. 6. 1897.
   g) das Reichsgesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt und Flößerei, v. 15. 6. 1895 und 20. 5. 1898.

7. der Verlagsvertrag, Reichsges. v. 19. 6. 1901.[6]) Nach Kisch liegt hier kein Werkvertrag vor, wegen der möglichen Unentgeltlichkeit und, weil der Besteller sowohl die eine wie die andere Partei sein könnte.

[6]) vgl. Staudinger, vor § 631 Nr. 9; Enneccerus, S. 399.

Literaturverzeichnis.

Bechmann, Der Kauf des gemeinen Rechts, Bd. I.
Cappenberg Arnold, Die Gewährleistungspflicht des Unternehmers für Sachmängel, Diss. Leipzig, 1903.
Cosack C., Lehrbuch des d. bürg. Rechts, 1. Bd., 4. A., Jena 1903.
Crome C., Partiarische Rechtsgeschäfte nach röm. und heutigem Reichsrecht, Freib. 1897.
ders., System des d. bürg. Rechts, 2. Bd., 1902.
ders., Aufsatz in „Recht" 1902.
Dernburg H., Die Schuldverhältnisse, 2. Abt., 3 A. 1906.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Bd. 3, 1905.
Eccius, Aufsatz in: Beiträge zur Erläut. des d. Rechts, begr. von Gruchot, Bd. 43, S. 305 f.
Emerich H., Kauf- und Werklieferungsvertrag, Diss. Straßb., 1899.
Endemann F., Lehrb. des d. bürg. Rechts, 9 A., 1. Bd. 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. des bürg. Rechts, I. Bd., 4./5. Aufl. 1910.
Fischer, Der Schaden, Jena 1903.
Fischer-Henle, BGB 7. A. 1906.
Flechtheim, Aufsatz in Gruch. Beitr. Bd. 44, S. 87 ff.
Gareis, HGB 1900, 2. A.
Goldmann-Liliental, BGB, 1. B., 2. A. 1903.
Grabener, Aufsatz in Gruch. Bd. 50 S. 274 f.; Bd. 51 S. 515 ff.
Hachenburg M., Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB, Mannheim 1898.
Haymann, Aufsatz in Gruch. Bd. 56 S. 532 ff.
Heuer, Aufsatz in „Recht" 1902, S. 97 ff.
Jacobi E., Aufsatz in Iher's Jahrb. Bd. 45 S. 258 ff.
Kisch W., Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegens. Verträgen, Jena, 1900.
ders., Aufsatz in Iher's Jahrb. Bd. 44 S. 68 ff.
Kleineidam F., Unmöglichkeit u. Unvermögen, Jena, 1900.
Krückmann P., Unmöglichkeit u. Unmöglichkeitsprozeß, 1907.
Kuhlenbeck L., Pandecten zum BGB, 2. T., 1. Hälfte, 1899.
Langheineken P., Anspruch u. Einrede, Leipzig, 1903.
Lenel O., Aufsatz in Iher's Jahrb. Bd. 44 S. 1 ff.
Levy J., Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag, Diss. Erlangen 1903.
Matthiaß, Aufsatz in D. Jur.-Zeitg. 1902 S. 205 ff.
Müller-Meikel, Das bürg. Recht, 1. Bd. 2. A. 1904.
Neumann H., BGB, 1. Bd., 4. A., Berlin 1905.
Oertmann P., Recht der Schuldverhältnisse, 2. A., 1906.
ders., Recht des BGB, 2. Buch, II. Abt. in Sammlg. Göschen, 1907.
Planck G., BGB, 2. Bd. Schuldverhältnisse, 3. A., Berlin 1907.
Regelsberger, Aufsatz in Iher's Jahrb. Bd. 16 S. 159 ff.
Riezler E., Der Werkvertrag, Jena 1900.
Romeick, Aufsatz in D. Jur.-Zeitg. 1901, S. 493 ff.

Rümelin G., Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.
Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person u. Sache, 1903.
Schneider, Aufsatz in „Recht" 1903, S. 522 f.
Schöller W., Aufsatz in Gruch. Bd. 44 S. 603 f.; Bd. 45 S. 511 f.; Bd. 46 S. 256 ff.
Schollmeyer Fr., Recht der Schuldverh., 2. A. Nr. 4, Berlin 1904.
Staub, HGB, 1900.
Staub, positive Vertragsverletzungen, 2. A., Berlin 1913.
Staudinger, BGB, 2. Bd., 3.-4. A. 1908.
Titze H., Unmöglichkeit der Leistung, Leipzig 1900.
Werner, Aufsatz in „Recht" 1902, S. 282 f.
Windscheid B., Lehrb. des Pandectenrechts, 9. A. von Th. Kipp, II. Bd. 1906.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft.

Badisches Landrecht.
Bürgerliches Gesetzbuch für Sachsen, v. 1863.
Code civil.
Corpus iuris civilis.
Codex Maximilianeus Bavaricus v. 1756.
Denkschrift zum Entwurf eines BGB, v. Jäntsch, 1899.
Entwurf I und II, 1. Bd., erläutert von Reatz, Berlin 1892.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB Bd. II. 1898.
Motive zum Entwurf eines BGB, II. Bd., 2. A., 1896.
Preußisches allgemeines Landrecht.
Schweizerisches Civilgesetzbuch von 1907.
Schweizerisches Bundesgesetz über das Obligationenrecht v. 1881.
Jherings Jahrbücher Bd. 44, Bd. 16, Bd. 45.
Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1899, 1902, 1903, 1904, 1911, 1912.
Juristen-Zeitung, 1901, 1902, 1903.
Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht, 1911.
Recht, Rundschau für den d. Juristenstand, 1901, 1902, 1903.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (cit.: OLG)
Rechtsprechung des Reichsgerichts (cit.: RG)
Seufferts Archiv, Bd. 69, 62.
Verhandlungen des 27. d. Juristentags, Bd. 4.
Warneyer, Rechtsprechung des RG, 1911, 1912.
Warneyer, Rechtsprechung, 1912.

Lebenslauf.

Geboren am 25. Mai 1888 zu Roppenheim i. Els. als Sohn des dortigen Lehrers besuchte ich daselbst die Volksschule sowie von 1898 bis 1906 die Gymnasien zu Rastatt und Hagenau. Hierauf studierte ich 8 Semester Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar an den Universitäten Straßburg, Lausanne und München. Am 17. Februar 1911 bestand ich in Straßburg die Referendarprüfung und war nach Ableistung des Militärdienstes seither beschäftigt am Amtsgericht Hagenau, Landgericht Straßburg, an der Staatsanwaltschaft Metz sowie bei Herrn Rechtsanwalt Weiß in Hagenau. Am 2. März 1914 bestand ich die mündliche Doktorprüfung vor der hohen Juristenfakultät der Universität Straßburg.